Die Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung auf die Zwangshypothek.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität zu Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Paul Stumpf
Rechtspraktikant aus Bütthard.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Bamberg
W. Gärtner's Buchdruckerei, Hoflief.
1912.

Referent:

Professor Dr. A. Mendelsohn-Bartholdy.

Inhalts-Übersicht.

	Seite
Vorbemerkung	1
I. Kapitel: Die Zwangshypothek und ihre Wirkungen	3
§ 1. Die Bezeichnung „Zwangshypothek"	3
§ 2. Der Begriff der Zwangshypothek	4
§ 3. Die Entstehung der Zwangshypothek	7
§ 4. Die Wirkungen der Zwangshypothek	15
§ 5. Das Erlöschen der Zwangshypothek bezw. deren Übergang auf den Eigentümer	21
II. Kapitel: Die Einstellung der Zwangsvollstreckung und deren Wirkungen im allgemeinen	21
§ 1. Begriff und Zweck der Einstellung der Zwangsvollstreckung	21
§ 2. Die Arten der Einstellung der Zwangsvollstreckung	24
§ 3. Die einzelnen Fälle der Einstellung der Zwangsvollstreckung	25
§ 4. Die Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung	29
III. Kapitel: Die Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung auf die Zwangshypothek	31
I. Abschnitt: Allgemeine Vorbemerkungen	32
II. Abschnitt: Die Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung auf die bereits eingetragene Zwangshypothek	35
§ 1. Möglichkeit der Einstellung der Zwangsvollstreckung	35
§ 2. Entstehungsgeschichte und Inhalt des § 868 Z.P.O.	36
§ 3. Die Zwangshypothek nach dem Übergang auf den Eigentümer	42
§ 4. Bedeutung der §§ 1163 und 1168 B.G.B. im Verhältnis zu § 868 Z.P.O.	45
§ 5. Beeinflussung der eingetragenen Zwangshypothek durch die Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln	47
III. Abschnitt: Beeinflussung des Eintragungsverfahrens durch die Einstellung der Zwangsvollstreckung	51
§ 1. Anwendbarkeit der §§ 775, 776 Z.P.O.	51
§ 2. Zeitpunkt, von dem ab die Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung einsetzen können	53
§ 3. Die Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung im einzelnen	55
IV. Abschnitt: Wirkungen einer unter Verletzung der Vorschriften über die Einstellung der Zwangsvollstreckung eingetragenen Zwangshypothek	61

Literatur-Verzeichnis.

Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung nebst den preuß. Ausführungs-Bestimmungen mit Kommentar, Berlin 1901.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Teil I, Berlin 1908.

Fischer-Schäfer, Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preußen, Berlin 1910.

Fuchs, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des B. G. B. und der G. B. O., Berlin 1902.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeß-Ordnung für das deutsche Reich, Tübingen 1906.

Güthe, Die Grundbuchordnung für das deutsche Reich, Berlin 1911.

Hachenburg, D. B. G. B., Vorträge, Mannheim 1900.

Henle-Schmitt, Das Grundbuchwesen in Bayern, München 1910.

Jäckel, D. R. G. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Berlin 1909.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, Berlin 1908/11.

Kretzschmar, D. R. G. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Leipzig 1904.

Meikel, Grundbuchordnung für das deutsche Reich, München 1908.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1888/95.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, Berlin 1909.

Plank, Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1904/08.

Predari, Grundbuchordnung 1906.

Protokolle der Kommission für die 1. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe 1897/99.

Das Bürgerliche Gesetzbuch erläutert von Reichsgerichtsräten, Nürnberg 1910.

Schanz, Die Zwangshypothek, 1. Heft, München 1910.

Seuffert, Kommentar zur Z. P. O., München 1910/11.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1910/11.

Steiner, Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, München 1909.

Turnau-Förster, das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen, Paderborn 1906.

Willenbücher, Die Reichs-Grundbuchordnung, Berlin 1905.

Außerdem wurden die bedeutendsten einschlägigen juristischen Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen berücksichtigt.

Die Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung auf die Zwangshypothek.

Vorbemerkung.

Die Wirkungen, welche die Einstellung der Zwangsvollstreckung ausübt, sind naturgemäß je nach der Art des zur Einstellung gelangenden Vollstreckungsverfahrens verschieden. So bewirkt zum Beispiel die Einstellung der Zwangsvollstreckung unter Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln bei der Sachpfändung den Untergang des Pfändungspfandrechtes, bei der Forderungspfändung das nachträgliche Unwirksamwerden des Pfändungsbeschlusses u. s. w.

Die Frage, welche Wirkungen im einzelnen Falle eintreten, beantwortet sich teils aus ausdrücklichen Vorschriften der Reichszivilprozeßordnung, teils aus dem Wesen und den Wirkungen der betreffenden Vollstreckungsmaßregel und dem Zweck der Einstellung der Zwangsvollstreckung.

Bei der Zwangshypothek bietet die Beantwortnng dieser Frage besondere Schwierigkeiten; denn es ist die Zwangshypothek ihrer ursprünglichen Natur nach nicht wie z. B. die Forderungspfändung ein Institut, das nur der Zwangsvollstreckung wegen besteht; es ist vielmehr die Zwangshypothek ein Gebilde des bürgerlichen Rechtes, das nur der Zwangsvollstreckung dienstbar gemacht ist. Der sich hieraus ergebende Umstand, daß auf die Zwangshypothek nicht nur Bestimmungen der Zivilprozeßordnung, sondern auch Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und,

was die formelle Seite betrifft, der Grundbuchordnung Anwendung zu finden haben, hat zur Folge, daß es häufig fraglich wird, inwieweit die in Betracht kommenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Grundbuchordnung auf die Zwangshypothek Anwendung finden dürfen. Oft treffen auch auf denselben Fall Bestimmungen der Zivilprozeß-Ordnung und des Bürgerlichen Gesetzbuches oder der Grundbuchordnung zusammen und es muß dann geprüft werden, ob solche Bestimmungen sich gegenseitig ausschließen oder ob sie nebeneinander Platz greifen. Die richtige Entscheidung solcher Fragen setzt eine genaue Kenntnis des Wesens und des Zweckes der Zwangshypothek und der gesetzgeberischen Motive voraus.

Bevor daher auf die zu behandelnde Frage selbst, nämlich die Betrachtung der Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung auf die Zwangshypothek eingegangen wird, mögen einige kurze Ausführungen über die Zwangshypothek selbst Platz finden; desgleichen soll eine kurze Darlegung der Einstellung der Zwangsvollstreckung im Allgemeinen und deren Wirkungen versucht werden.

I. Kapitel:

Die Zwangshypothek.

§ 1.

Die Bezeichnung „Zwangshypothek".

Die Bezeichnung „Zwangshypothek" kommt in den einschlägigen Gesetzen, nämlich der Zivilprozeß-Ordnung, dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung nicht vor. Sie hat für die Reichsgesetzgebung nur geschichtliche Bedeutung und findet sich nur im § 1130 des I. Entwurfes zum Bürgerl. Gesetzbuche. Hier wird unter Zwangshypothek die Sicherungshypothek verstanden, deren Eintragung der Gläubiger einer vollstreckbaren Geldforderung im Wege der Zwangsvollstreckung an den Grundstücken des Schuldners verlangen kann.

Die Literatur aber hat an der Bezeichnung der der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderung dienenden, nunmehr in den §§ 866 ff. der Z. P. O. geregelten Hypothek als Zwangshypothek festgehalten, legt sie aber auch nur dieser bei. Keine Zwangshypotheken im technischen Sinne sind die übrigen Vollstreckungshypotheken, deren Eintragung in einer ganzen Reihe von Fällen[1]) ohne Einwilligung des Grundstückseigentümers auf Ersuchen einer Behörde zu erfolgen hat. Ebensowenig handelt es sich dann um eine Zwangshypothek, wenn der Schuldner auf Grund einer vertraglichen oder gesetzlichen Verpflichtung zur Bewilligung der Eintragung einer Hypothek verurteilt ist und der Gläubiger gemäß § 894 Z. P. O. die Eintragung der Hypothek erzwingt[2]). Es gelangt zwar auch hier die Hypothek

[1]) cf. die Aufzählung bei Henle-Schmitt Bem. 1 zu § 39 G. B. O.

[2]) cf. Thurnau-Förster Bd. I S. 1034 Abs. 4 u. Rechtspr. der O. L. G. Bd. I S. 205.

im Wege der Zwangsvollstreckung zur Eintragung. die Art der Zwangsvollstreckung ist aber eine andere; denn sie erfolgt hier nicht wegen einer Geldforderung, sondern zur Erwirkung einer Willenserklärung und es ist hier die einzutragende Hypothek Endzweck, nicht nur Mittel der Zwangsvollstreckung wie bei der Zwangshypothek[1]).

Eng verwandt mit der Zwangshypothek ist die Arresthypothek[2]) und es finden auf sie kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift eine ganze Reihe der für die Zwangshypothek geltenden Bestimmungen Anwendung.

§ 2.

Der Begriff der Zwangshypothek.

Der Entwurf I zum B. G. B. versteht unter Zwangshypothek die Sicherungshypothek, deren Eintragung an den Grundstücken des Schuldners der Gläubiger einer vollstreckbaren Geldforderung im Wege der Zwangsvollstreckung verlangen kann[3]).

Diese Definition wurde, wie schon erwähnt, nicht ausdrücklich in die Z. P. O. übernommen; tatsächlich aber hat die Z. P. O. diesen Begriff der Zwangshypothek beibehalten und ihn nur insoferne eingeschränkt, als nicht für alle Forderungen, sondern nur solche im Betrage von über 300 Mk. Zwangshypotheken eingetragen werden können[4]).

Der Begriff der Zwangshypothek ist kein einheitlicher, er setzt sich aus zwei an sich grundverschiedenen Rechtsgebilden zusammen. Die Zwangshypothek ist:

---

[1]) Ebenso Willenbücher S. 240 Abs. 2 b u. Güthe Bd. I S. 400 und A. M. Scherer in der Jur. Wochenschr. 1901 S. 299 f., der die aus Art. 25 und 29 W. O. eingetragene Hypothek als Zwangshypothek betrachtet.

[2]) § 932 Z. P. O.

[3]) cf. § 1130 des Entw. I zum B. G. B.

[4]) § 866[3] Z. P. O.

a) Hypothek und zwar notwendiger Weise Sicherungshypothek;
b) sie ist zugleich eine Zwangsvollstreckungsmaßregel.

Der Begriff und Inhalt der Zwangshypothek als Hypothek bestimmt sich aus § 1113 B. G. B.; man versteht hiernach unter ihr die Belastung eines Grundstückes in der Weise, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt — und das ist bei der Zwangshypothek immer der Inhaber eines auf eine Geldforderung lautenden Vollstreckungstitels — eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung — hier wegen der im Vollstreckungstitel enthaltenen Forderung — aus dem Grundstück zu zahlen ist.

In ihrer Eigenschaft als Hypothek ist die Zwangshypothek den Vorschriften des B. G. B. über die Hypothek § 1113 ff. und den für die Sicherungshypothek in den §§ 1184, 1185, 1186 B. G. B. getroffenen Sonderbestimmungen unterworfen, soweit nicht die Anwendung dieser Vorschriften durch die Spezialbestimmungen[1]) ausgeschlossen ist. Bezüglich der Eintragung der Zwangshypothek und des hiebei zu beobachtenden Verfahrens haben die Vorschriften der G. B. O. Geltung.

Der Inhalt der Zwangshypothek als Zwangsvollstreckungsmaßregel ist, daß sie der durch staatlichen Zwang erfolgenden Verwirklichung oder Sicherung von Ansprüchen auf Leistung[2]) dient.

In der Literatur wird häufig als Zwangsvollstreckung nur die zwangsweise Verwirklichung, nicht auch die zwangsweise Sicherung von Ansprüchen bezeichnet[3]). Man geht hiebei davon aus, daß der Zweck der Zwangsvollstreckung lediglich darin bestehe, dem Gläubiger das zu gewähren, was ihm inhaltlich des Vollstreckungstitels zustehe und das sei bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen Befriedigung, aber nicht Sicherung. Diese Erwägungen nahm auch bei den Be-

[1]) § 866 ff. Z. P. O.
[2]) cf. Gaupp-Stein, Vorbemerkung vor § 704 I.
[3]) cf. z. B. Seuffert II S. 301 Abs. 1.

ratungen der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches die Opposition, die sich gegen das Institut der Zwangshypothek selbst erhob, zum Stützpunkt. Man deduzierte hier folgendermaßen: Die Zwangsvollstreckung bezwecke die einmalige Befriedigung des Gläubigers; bei der Zwangshypothek handle es sich um etwas von der Zwangsvollstreckung prinzipiell Verschiedenes, nämlich um die Schaffung eines neuen, dauernden Rechtes an den Vermögensstücken des Schuldners. Es könne daher die Zwangshypothek weder als Teil einer anderen Zwangsvollstreckung noch als selbständiger Akt der Zwangsvollstreckung in Betracht kommen [1]).

Es ist nun zwar ganz richtig, daß an sich Sicherstellung wegen einer Forderung und Befriedigung wegen derselben etwas ganz Verschiedenes ist und der Gläubiger einer Geldforderung zunächst nur Anspruch auf letztere hat. Unrichtig aber ist es anzunehmen, Sicherung einerseits und Zwangsvollstreckung andererseits seien unvereinbare Gegensätze; es ergibt sich vielmehr aus der Natur des Pfändungspfandrechtes insbesondere dann, wenn der Gläubiger die Zwangsversteigerung nicht betreibt, daß Sicherung und Zwangsvollstreckung in der Art in einander übergreifen können, daß sich der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung bloße Sicherung für seine Forderung verschafft [2]). Und wenn das bei der Zwangsvollstreckung in Mobilien möglich ist, warum sollte es bei der Zwangsvollstreckung in Immobilien ausgeschlossen sein.

Von diesen Erwägungen ging auch der Gesetzgeber aus. Er war sich wohl bewußt, daß der Gläubiger, welcher nicht die ihm gebührende Zahlung, sondern die Eintragung einer Hypothek fordere, in der Tat etwas anderes verlange als das, worauf sein Anspruch gehe. Trotzdem hielt er aus dem erwähnten Gesichtspunkte die Schaffung der Zwangshypothek als

[1]) cf. Protokolle II Band 3 Seite 695.

[2]) cf. Fuchs I. Bd. S. 629 Nr. 3 c und die dort angegebene Literatur.

Zwangsvollstreckungsmittel für möglich und aus praktischen Gründen für geboten[1]).

Der Charakter der Zwangshypothek als Vollstreckungsmaßregel wird auch in der Literatur allgemein anerkannt nicht nur von denjenigen, welche unter Zwangsvollstreckung sowohl zwangsweise Befriedigung als zwangsweise Sicherung des Gläubigers verstehen, sondern auch von denen, welche als Zwangsvollstreckung lediglich die im Wege des Zwanges erfolgende Befriedigung des Gläubigers bezeichnen[2]). Die abweichende Ansicht Dernburgs[3]), daß die Zwangshypothek des jetzigen Rechtes keine Zwangsvollstreckungsmaßregel sei, steht derartig vereinzelt da, daß ein näheres Eingehen auf sie nicht notwendig erscheint.

Aus der Eigenschaft der Zwangshypothek als Zwangsvollstreckungsmaßregel folgt, daß auf die Zwangshypothek die allgemeinen Bestimmungen der Z. P. O. über die Zwangsvollstreckung Anwendung zu finden haben, soweit nicht Sonderbestimmungen Platz greifen. Letzteres ist ganz allgemein der Fall bezüglich des Vollstreckungsverfahrens, das infolge der Eigenschaft der Zwangshypothek als Hypothek ganz von den Vorschriften der G. B. O. beherrscht ist.

Bezüglich der Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung und der Beendigung bezw. Einstellung der Zwangsvollstreckung gelten fast ausnahmslos die allgemeinen Bestimmungen der Z. P. O. §§ 704 ff., wie später im einzelnen noch gezeigt werden wird.

§ 3.

Die Entstehung der Zwangshypothek.

§ 873 Abs. 1 B. G. B. bestimmt, daß zur Belastung eines Grundstückes mit einem Rechte also auch mit einer Hypothek

[1]) cf. Prot. I S. 4976.
[2]) cf. z. B. Seuffert Bem. 1 zu § 868 am Anfang.
[3]) Sachenrecht 2. Auflage S. 674.

die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich ist, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt.

Eine von den Sonderbestimmungen, auf welche der Schlußsatz des § 873 Abs. 1 hinweist, trifft bezüglich der Zwangshypothek der § 867 der Z. P. O., wonach die Zwangshypothek auf einseitigen Antrag des Gläubigers hin einzutragen ist und mit der Eintragung entsteht. Es ist somit zur Entstehung der Zwangshypothek die Zustimmung des Grundstückseigentümers nicht erforderlich; sie wird durch den vollstreckbaren Titel ersetzt. Der Grund hiefür liegt gerade darin, daß die Zwangshypothek Vollstreckungsmaßregel ist; denn der Inhalt der Zwangsvollstreckung ist ja gerade die Ausübung eines Zwanges gegen den widerstrebenden Schuldner und es wäre widersinnig, die Vollziehung einer Zwangsvollstreckungsmaßregel von der Zustimmung des Schuldners abhängig machen zu wollen.

Das bei Eintragung der Zwangshypothek zu beobachtende Verfahren richtet sich, wie bereits oben erwähnt, ganz nach den Regeln der G. B. O. Es nimmt zwar das Grundbuchamt mit der Eintragung der Zwangshypothek eine Zwangsvollstreckungshandlung vor, trotzdem ist und bleibt seine Tätigkeit eine rein grundbuchamtliche. Wenn Henle-Schmitt Bem. 3 am Ende zu § 30 G. B. O. sagt, daß das Grundbuchamt bei Eintragung der Zwangshypothek als „Vollstreckungsgericht" handelt, so ist dieser Ausdruck nicht korrekt und kann bei der Bedeutung, welche § 764 Z. P. O. dem Ausdruck „Vollstreckungsgericht" beilegt, leicht zu Irrtümern führen.

Das Eintragungsverfahren wird in der Regel etwa folgenden Verlauf nehmen:

Der Gläubiger beantragt beim zuständigen Grundbuchamt, d. h. dem Grundbuchamt, in dessen Bezirk das zu belastende Grundstück liegt, die Eintragung der Zwangshypothek. Eine besondere Form ist für den Antrag nicht vorgeschrieben, er kann

also schriftlich eingereicht oder mündlich angebracht werden[1]); nur wenn mit dem Antrag eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung verbunden wird, ist die im § 29 G. B. O. vorgeschriebene Form — Erklärung zu Protokoll des Grundbuchamtes, oder Einreichung mittels öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde — erforderlich[2]). Der Eintragungsantrag kann auch durch einen Bevollmächtigten des Gläubigers gestellt werden; öffentliche Beglaubigung der Vollmachtsurkunde ist nicht vorgeschrieben[3]). Die Prozeßvollmacht in dem Prozesse, aus welchem der Vollstreckungstitel erlangt wurde, berechtigt zur Stellung des Eintragungsantrages[4]).

In dem Eintragungsantrag muß das Grundstück bezeichnet werden, an welchem die Eintragung der Hypothek verlangt wird und muß die Höhe der Forderung angegeben werden, für welche die Hypothek eingetragen werden soll. Dem Eintragungsantrag sind die ihn begründenden Urkunden beizufügen, also insbesondere:

1. der mit der Vollstreckungsklausel versehene Vollstreckungstitel[5]). Der Vollstreckungsklausel bedarf es nicht im Falle des § 796,1 Z. P. O. beim Vollstreckungsbefehl und im Falle des § 795 a Z. P. O. beim Kostenfestsetzungsbeschluß;

2. die Urkunde, aus welcher sich die Zustellung des Schuldtitels an den Schuldner ergibt[6]); eine gleichzeitig mit dem Beginn der Zwangsvollstreckung erfolgende Zustellung des Schuldtitels kann hier nicht in Betracht kommen.

Das Grundbuchamt hat auf dem Antrage die Zeit des Einlaufes genau zu vermerken[7]).

[1]) cf. für Bayern: Dienstanweisung für die Grundbuchämter in Bayern r. d. Rh. § 16,1.
[2]) § 30 G. B. O.
[3]) cf. Achilles-Strecker G. B. O. S. 236 Note 2.
[4]) arg. § 81 Z. P. O.
[5]) § 724,1 Z. P. O.
[6]) § 750,1 Z. P. O.
[7]) § 13,1 G. B. O.

Bevor das Grundbuchamt die Eintragung der beantragten Zwangshypothek vornimmt, hat es den Eintragungsantrag nach verschiedenen Richtungen zu prüfen:

1. Das Grundbuchamt wird zunächst untersuchen, ob die Eintragung der Zwangshypothek überhaupt, oder in der beantragten Weise zulässig ist. In dieser Beziehung hat es folgendes zu berücksichtigen:

a) Nur auf Grund eines den Betrag von 300 Mk. übersteigenden vollstreckbaren Schuldtitels darf eine Zwangshypothek eingetragen werden; auf die Berechnung des Betrages finden die §§ 4 und 5 Z. P. O. entsprechende Anwendung[1]). Der Streit darüber, ob gemäß der letzteren Bestimmung nur Forderungen zusammengerechnet werden dürfen, welche in einem Vollstreckungstitel enthalten sind oder auch Forderungen aus verschiedenen Vollstreckungstiteln, ist nunmehr durch Theorie und Praxis zu Gunsten der ersteren Ansicht entschieden[2]).

b) Die Eintragung einer Zwangshypothek an mehreren Grundstücken des Schuldners als Gesamthypothek ist unzulässig; es ist in diesem Falle der Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen, wobei der Gläubiger die Größe der Teile bestimmt[3]).

c) Die frühere Bestimmung des § 866 Abs. 3 S. 1. Z. P. O., daß auf Grund eines Vollstreckungstitels eine Sicherungshypothek nicht eingetragen werden könne, ist durch die Novelle vom 1. Juni 1909 beseitigt worden.

2. In zweiter Linie hat der Grundbuchbeamte zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Einleitung und Durchführung des Zwangsvollstreckungsverfahrens gegeben sind. Er muß sich deshalb vergewissern, ob die vom Gesetze[4]) vorgeschriebenen

[1]) § 866,3 Z. P. O.

[2]) cf. die Ausführungen im Recht 1904 S. 213, Gaupp-Stein Bem. IV c zu § 866; A. M. Seuffert Bem. 3 b zu § 866.

[3]) § 867,2 Z. P. O.

[4]) §§ 750, 751 Z. P. O.

Zustellungen erfolgt sind und ob die Personen, für und gegen welche die Eintragung der Zwangshypothek beantragt ist, mit den im Vollstreckungstitel bezeichneten Personen identisch sind; prüfen muß der Grundbuchbeamte ferner, ob die in den §§ 751, 752, 765 Z. P. O. für den Beginn der Zwangsvollstreckung vom Gläubiger geforderten Nachweisungen in der gehörigen Form erbracht sind, ob nicht die Einstellung der Zwangsvollstreckung angeordnet ist und überhaupt, ob nicht irgend welche Umstände vorhanden sind, welche dem Beginn der Zwangsvollstreckung im Wege stehen.

Dagegen hat sich der Grundbuchbeamte jeder Prüfung des materiellen Inhaltes des Vollstreckungstitels zu enthalten; ebensowenig ist es seine Sache, zu untersuchen, ob die Erteilung der Vollstreckungsklausel zulässig war; die Prüfung dieser Frage behält das Gesetz ausdrücklich dem Gerichte vor, dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel erteilt hat[1]).

3. Es obliegt ferner dem Grundbuchbeamten die Prüfung des Eintragungsantrages nach der formellen Seite; diese hat sich hauptsächlich auf folgende zwei von der Grundbuchordnung für die Eintragung aufgestellte Voraussetzungen zu erstrecken:

a) Derjenige, welcher durch die Eintragung betroffen wird, muß im Grundbuch als der Berechtigte eingetragen sein[2]). Auf die Zwangshypothek angewendet, sagt diese Vorschrift, daß die Eintragung einer solchen nur dann erfolgen soll, wenn der Schuldner, gegen welchen sich der Vollstreckungstitel richtet, als Eigentümer des zu belastenden Grundstückes eingetragen ist.

b) Der Nachweis aller zur Begründung des Eintragungsantrages dienenden Tatsachen muß durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erbracht sein, oder es muß die Erklärung zu Protokoll des Grundbuchamtes abgegeben sein. Andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, soweit sie

[1]) § 732,1 Z. P. O.
[2]) § 40,1 G. B. O.

nicht beim Grundbuchamte offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden[1]). Als Erklärung der ersteren Art kommt bei der Zwangshypothek in Betracht die Bestimmung der an den einzelnen Grundstücken einzutragenden Teilbeträge der Forderung, falls die Eintragung der Zwangshypothek an mehreren Grundstücken verlangt wird[2]); das Gleiche gilt für die Angabe der Summe, für welche die Eintragung der Zwangshypothek verlangt wird, wenn diese niedriger ist, als die im Vollstreckungstitel enthaltene. Des Nachweises durch öffentliche Urkunden bedürfen gemäß § 29 Satz 2 G. B. O. beispielsweise der vollstreckbare Schuldtitel selbst, der eventuell für die Eintragung erforderliche Nachweis des Todes einer Person u. s. w.[3]).

Die Prüfungspflicht des Grundbuchbeamten ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatze, daß er nach Möglichkeit die Vornahme unrichtiger Eintragungen zu verhüten hat[4]). Bei Durchführung der Prüfung hat der Grundbuchbeamte in erster Linie das zur Begründung des Antrags vorgelegte Urkundenmaterial und das Grundbuch selbst zu berücksichtigen. Bestritten ist, ob er bei der Prüfung auch andere ihm, sei es aus sonstigen Akten des Grundbuchamtes oder sonstwie bekannt gewordene Tatsachen berücksichtigen darf. Die Motive zu § 39 G. B. O. E I verneinen die Frage. Dagegen wird von der Literatur und Praxis fast allgemein und zweifellos mit Recht angenommen, daß der Grundbuchbeamte wohl berechtigt ist, ihm anderweitig bekannt gewordene Tatsachen zu berücksichtigen[5]). Eine Pflicht

[1]) § 29 G. B. O.

[2]) cf. Fischer-Schäfer Bem. 4 a. E. zu § 868 und Güthe Bd. I S. 398, β α α 2. Abs. Gaupp-Stein Bem. V Abs. 1 zu § 867 Z. P. O. A. M. Seuffert Anm. 4 Abs. 2 zu § 867. Das Recht XII S. 72 f. Bl. f. Rechtsanwendung LXXIV S. 609 f.

[3]) cf. Thurnau-Förster Bd. II Bem. II 3 zu § 29 G. B. O.

[4]) cf. § 54 G. B. O.

[5]) Thurnau-Förster Bem. II 5 zu § 39 G. B. O; Güthe Bd. I S. 34; Fuchs Bd. 2 S. 205 f. Note 16; Achilles-Strecker S. 186; Predari S. 286; Staudinger III. Bd. Bemerk. C III 1 b zu § 873 B. G. B.

des Grundbuchbeamten, auch außerhalb der vorgelegten Urkunden und der in Betracht kommenden Grundbuchstellen nach etwaigen Eintragungshindernissen zu forschen, darf aus dem eben Gesagten natürlich nicht gefolgert werden.

Kommt der Grundbuchbeamte auf Grund der von ihm vorgenommenen Prüfung zu dem Resultat, daß der Eintragung der beantragten Zwangshypothek ein Hindernis nicht entgegensteht, so nimmt er die Eintragung vor, vermerkt sie auf Vollstreckungstitel[1]) und benachrichtigt den Antragsteller und den Grundstückseigentümer von der erfolgten Eintragung[2]). Die Ausstellung eines Hypothekenbriefes ist, weil die Zwangshypothek stets Sicherungshypothek ist, immer unzulässig[3]).

Ergibt sich dagegen bei der Prüfung des Eintragungsantrages, daß der Eintragung ein Hindernis entgegensteht, das nicht oder nur schwer beseitigt werden kann, so ist der Antrag zurückzuweisen. Die Frage, ob dies auch beim Vorliegen leicht zu beseitigender Hindernisse geschehen muß, oder ob der Grundbuchbeamte auch die andere vom § 18 G. B. O. zugelassene Möglichkeit, nämlich die Bestimmung einer Frist zur Hebung des Hindernisses wählen kann, ist bestritten. Im Kapitel III dieser Abhandlung wird sich Gelegenheit zur Behandlung und Beantwortung dieser Frage bieten; deswegen soll sie hier offen gelassen werden.

Die Vorschrift des § 867 Z. P. O., wonach die Zwangshypothek mit der Eintragung entsteht, will nicht sagen, daß ausnahmslos jede Eintragung einer Zwangshypothek auch die Entstehung einer solchen bewirkt. Es kann vielmehr gerade so wie bei der gewöhnlichen Hypothek eine Eintragung wegen irgend welcher Mängel nichtig und daher wirkungslos sein.

a) Auf der formellen Seite kommen hauptsächlich zwei Mängel in Betracht, welche stets absolute Nichtigkeit der Ein-

[1]) § 867 Z. P. O.
[2]) § 55 G. B. O.
[3]) § 1185,1 B. G. B.

tragung einer Hypothek zur Folge haben, nämlich die Weglassung der Bezeichnung des Hypothekengläubigers und die Nichtangabe des Geldbetrages; denn § 1115 B. G. B. stellt diese beiden Angaben als essentialia für die Eintragung einer jeden Hypothek auf.

b) Ebenso bewirken Nichtigkeit der Eintragung wesentliche Mängel, welche den materiellen Grundlagen der Eintragung anhaften und auf Grund welcher die Eintragung unzulässig war.

So bewirkt z. B. Nichtigkeit der Hypothek der Verstoß gegen § 866,3 Z. P. O.[1]); ebenso ist nichtig die Eintragung einer Zwangshypothek als Gesamthypothek[2]). Die Frage, ob in diesen Fällen der nichtigen Eintragung die Wirkung einer Eigentümerhypothek beizulegen ist, muß verneint werden[3]); denn Voraussetzung der Eigentümerhypothek ist, daß eine an sich wirksame Hypothek eingetragen ist.

Gegen die im Laufe des Eintragungsverfahrens vom Grundbuchamte zu treffenden Entscheidungen finden nicht die Rechtsbehelfe statt, welche von der Z. P. O. in den §§ 766 und 793 gegeben sind; denn das Eintragungsverfahren folgt ganz den Regeln der Grundbuchordnung und hiernach ist innerhalb des Eintragungsverfahrens nur die Beschwerde nach §§ 71 ff. der G. B. O. zulässig. Eine bereits erfolgte Eintragung kann nicht mit der Beschwerde angefochten werden[4]). Es kann hier nur im Wege der Beschwerde verlangt werden, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuches eingetragen werde[5]). Die Berichtigung des durch eine solche Eintragung unrichtig gewordenen Grundbuches kann der Eigentümer mit der Klage aus § 894 B. G. B. erzwingen.

[1]) cf. Achilles-Strecker S. 98.

[2]) cf. Achilles-Strecker S. 99.

[3]) cf. Staudinger Bem. II a β zu § 1163 B. G. B. und die dort angegebene Literatur.

[4]) § 71, II G. B. O.

[5]) cf. Fischer-Schäfer S. 117; Gaupp-Stein Bem. III 6 zu § 867 Z. P. O.

§ 4.

Die Wirkungen der Zwangshypothek.

Die Zwangshypothek ist, wie schon oben angedeutet wurde, von allen Zwangsmaßregeln diejenige, welche die wenigst intensiven Wirkungen hat. Während Zweck des Zwangsvollstreckungsverfahrens im ganzen und Zweck jeder einzelnen Vollstreckungsmaßregel die Befriedigung des Gläubigers ist, kann und will die Zwangshypothek dem Gläubiger lediglich Sicherheit für künftige Befriedigung wegen seiner Forderung gewähren.

Es wird daher durch Eintragung der Zwangshypothek das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht beendigt, weder im Ganzen noch teilweise[1]); denn es wird durch die Eintragung der Gläubiger weder ganz noch teilweise befriedigt. Hieraus ergibt sich aber auch, daß durch die Eintragung der Zwangshypothek die Tauglichkeit des Vollstreckungstitels, als Grundlage der Zwangsvollstreckung zu dienen, nicht konsumiert wird; es kann vielmehr der Gläubiger ohne Rücksicht darauf, daß eine Zwangshypothek eingetragen wurde, weitere Vollstreckungsmaßregeln gegen den Schuldner betreiben.

Bezüglich der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung bestimmt dies § 866,2 Z. P. O. ausdrücklich, jedenfalls deshalb, weil sonst Zweifel entstehen könnten, ob innerhalb desselben Vollstreckungsverfahrens mehrere Zwangsvollstreckungsmaßregeln gegen den nämlichen Gegenstand zur Anwendung gelangen könnten. Die Zulässigkeit der Ergreifung anderer Vollstreckungsmaßregeln neben der Zwangshypothek ergibt sich aus dem oben Gesagten[2]). Es würde sich auch schwerlich jemals ein Gläubiger eine Zwangshypothek eintragen lassen, wenn er dadurch von der Vornahme weiterer Vollstreckungshandlungen in das bewegliche Vermögen des Schuldners ausgeschlossen würde.

---

[1]) cf. Gaupp-Stein Bem. III 7 zu § 867 Z. P. O.

[2]) cf. auch Rechtspr. d. O. L. G. IV 143 f.

Weil mit der Eintragung der Zwangshypothek die Zwangsvollstreckung noch nicht beendigt ist, wird auch dem Gläubiger nach der Eintragung der Vollstreckungstitel wieder hinausgegeben[1]). Die Eintragung der Zwangshypothek ist aber auf dem Vollstreckungstitel zu bemerken[2]), damit dem Gläubiger die Möglichkeit genommen ist, sich entgegen dem Verbote des § 867 Abs. 2 Z. P. O. aus demselben Vollstreckungstitel eine weitere Zwangshypothek etwa an einem im Bezirke eines anderen Grundbuchamtes gelegenen Grundstücke eintragen zu lassen.

Die Wirkungen der Zwangshypothek im einzelnen lassen sich in zwei Gruppen sondern, entsprechend der Doppelnatur der Zwangshypothek als Hypothek und als Mittel der Zwangsvollstreckung.

I. Die Wirkungen der Zwangshypothek als Hypothek.

Wie jede andere Hypothek, so bewirkt auch die Zwangshypothek die Belastung eines Grundstückes in der Weise, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wegen einer ihm zustehenden Forderung — hier wegen der zu vollstreckenden Forderung — Befriedigung aus dem Grundstück verlangen kann[3]). Und es ist die Zwangshypothek nicht nur im Prinzip dasselbe dingliche Recht wie jede andere Hypothek, sondern es kommen ihr auch im einzelnen ganz die gleichen Wirkungen zu; diese aufzuzählen, ginge über den Rahmen dieser Arbeit hinaus.

Während nun aber im allgemeinen jede Hypothek als Verkehrshypothek oder als Sicherungshypothek bestellt werden kann[4]), steht dies bei der Zwangshypothek nicht in der Wahl des Gläubigers. Sie ist vielmehr jederzeit Sicherungshypothek[5]), und muß im Grundbuch als solche bezeichnet werden.

---

[1]) Im Gegensatz zu § 754 Z. P. O.
[2]) § 867 Abs. 1 Z. P. O.
[3]) § 1113 B. G. B.
[4]) Ausnahmen in § 1187 und 1190 B. G. B.
[5]) § 866 Z. P. O.

Aus dieser notwendigen Eigenschaft der Zwangshypothek als Sicherungshypothek ergeben sich für sie folgende, von der Vertragshypothek verschiedene Wirkungen:

1. Das Recht des Gläubigers aus der Hypothek bestimmt sich nur nach der Forderung[1]) und nicht nach der Eintragung. Damit ist gesagt, daß der Inhaber der Sicherungshypothek jederzeit nur so weit Ansprüche aus der Hypothek geltend machen kann, als die Forderung, für welche die Hypothek eingetragen ist, tatsächlich besteht. Die Tragweite dieser Bestimmung tritt besonders dann hervor, wenn man sich den Fall vergegenwärtigt, daß eine Hypothek, bei welcher die ihr zu Grunde liegende Forderung bereits ganz oder teilweise erloschen ist, ohne daß dies aus dem Grundbuche ersichtlich ist, an einen Dritten übertragen wird, der sich in dem guten Glauben befindet, daß die Forderung ihrer vollen Höhe nach noch bestehe. Der Unterschied, der sich in diesem Falle für die Verkehrshypothek und die Sicherungshypothek ergibt, möge an der Hand eines Beispieles erörtert werden:

An dem Grundstück des A ist eine Hypothek zu 1000 ℳ für B eingetragen. Nachdem A die 1000 ℳ an B bezahlt hat, ohne daß Löschung oder Umschreibung der Hypothek im Grundbuch erfolgt ist, cediert B die Hypothek an den bezüglich des Bestehens der Forderung und der Hypothek gutgläubigen C.

Die Frage, inwieweit C in diesem Falle ein Recht erwirbt, ist folgendermaßen zu beantworten:

a) Der Erwerb des dinglichen Rechtes durch C vollzieht sich sowohl bei der Verkehrs- wie bei der Sicherungshypothek unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches[2]).

b) Bezüglich der Forderung gilt:

α) Ist die Hypothek eine Verkehrshypothek, so erwirbt C die zur Zeit der Übertragung bereits erloschene Forderung gegen A ebenso, wie wenn sie nicht erloschen gewesen wäre[3]).

[1]) § 1184 Abs. 1 B. G. B.
[2]) § 892 B. G. B.
[3]) §§ 1138 und 892 B. G. B.

β) Ist aber die Hypothek eine Sicherungshypothek, so erwirbt C durch die Übertragung keine Forderung gegen A, denn der öffentliche Glaube des Grundbuches gilt nicht für die der Sicherungshypothek zu Grunde liegende Forderung[1]). Da ferner, wie bereits gesagt, der Umfang des Rechtes des C überhaupt sich bei der Sicherungshypothek nur nach der Forderung bestimmt, eine solche ihm aber nicht zusteht, so kann er auch ein dingliches Recht an dem Grundstücke des A nicht geltend machen.

Ebenso verhält es sich mit den dem Grundstückseigentümer gegen die Forderung zustehenden Einreden. Bei der Verkehrshypothek ist deren Geltendmachung gegen C im Rahmen des § 892 B. G. B. durch §§ 893 und 1138 B. G. B. ausgeschlossen; bei der Sicherungshypothek können sie dem C ebenso wie jeder anderen Forderungsübertragung[2]) entgegengesetzt werden; denn § 1185 Abs. 2 B. G. B. schließt die Anwendbarkeit des § 893 B. G. B. auf die Forderung aus.

2. Bei der Sicherungshypothek kann sich der Gläubiger zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen[3]). Durch diese Bestimmung wird die Anwendbarkeit des § 891 B. G. B. auf die der Sicherungshypothek zu Grunde liegende Forderung ausgeschlossen im Gegensatz zu der diesbezüglichen Bestimmung des § 1138 B. G. B. für die Verkehrshypothek. Es trifft somit bei der Sicherungshypothek die Beweislast bezüglich des Bestehens der Forderung den Hypothekengläubiger.

Die weiteren Unterschiede zwischen Verkehrshypothek und Sicherungshypothek[4]) sind im Vergleiche zu den soeben erörterten von nur nebensächlicher Bedeutung; sie haben sämtliche ihren Grund in diesen. Sie einzeln aufzuzählen würde zu weit führen.

Es mag in diesem Zusammenhange kurz auf die Gründe hingewiesen werden, welche den Gesetzgeber dazu bestimmt haben,

[1]) §§ 1185 Abs. 2, 1138 und 892 B. G. B.
[2]) § 404 ff. B. G. B.
[3]) § 1184 Abs. 1 B. G. B.
[4]) cf. § 1185 Abs. 2 B. G. B.

daß er für die Zwangshypothek nur die Form der Sicherungshypothek zuließ. Die Motive z. B. G. B. Bd. III S. 623 f. geben hierüber Aufschluß. Es geschah dies einmal deswegen, damit die Möglichkeit geboten war, auch für nur vorläufig vollstreckbare Urteile die Eintragung einer Zwangshypothek und nicht bloß einer vorläufigen Eintragung zuzulassen, andererseits aber — und dieser Grund war der ausschlaggebende — weil man dies im Interesse des Schuldners für erforderlich erachtete. Denn für den Fall, daß die Zwangshypothek als Verkehrshypothek eingetragen würde, hätte der Gläubiger die Möglichkeit, durch Veräußerung der Hypothek dem Schuldner die Geltendmachung von Einwendungen gegen die Zwangshypothek als Zwangsvollstreckungsmaßregel unmöglich zu machen.

II. Wirkungen der Zwangshypothek, die sich aus ihrer Eigenschaft als Vollstreckungsmaßregel ergeben.

1. Bei obiger Besprechung des Unterschiedes zwischen Normalhypothek und Sicherungshypothek wurde festgestellt, daß der öffentliche Glaube des Grundbuches sich bei der Sicherungshypothek nicht auf die Forderung, sondern nur auf das dingliche Recht beziehe.

Diese Feststellung bedarf in ihrem letzten Teile bezüglich der Zwangshypothek einer weiteren Einschränkung:

§ 892 B. G. B. und demgemäß auch § 893 B. G. B. greifen nur Platz bei dem durch Rechtsgeschäft erfolgenden Erwerb eines Rechtes an einem Grundstück; für den im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgenden Rechtserwerb, also auch für die Eintragung der Zwangshypothek gelten diese Bestimmungen nicht. Hieraus ergibt sich zwischen der durch Rechtsgeschäft zur Entstehung gelangenden und der Zwangshypothek folgender Unterschied:

Ist A fälschlicherweise im Grundbuch als Eigentümer eines dem B gehörigen Grundstückes eingetragen und bestellt er dem gutgläubigen C eine Hypothek an diesem Grundstück, so erwirbt C die Hypothek geradeso, wie wenn A wirklicher Eigentümer

des Grundstückes wäre. Läßt sich hingegen C, der einen vollstreckbaren Titel gegen A besitzt, eine Zwangshypothek an jenem Grundstück eintragen, so erwirbt er hierdurch keinerlei Recht.

Aus dem Umstande aber, daß die Eintragung der Zwangshypothek nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt ist, darf nicht der Schluß gezogen werden, daß auch bei dem durch Rechtsgeschäft erfolgenden Erwerb einer bereits eingetragenen Zwangshypothek dies der Fall sei[1]); denn es wird ja in diesem Falle das Recht durch Rechtsgeschäft erworben und auf diesen Erwerb findet § 892 B. G. B. immer Anwendung[2]). Das eben Gesagte bezieht sich aber, wie nochmals ausdrücklich hervorgehoben werden mag, nur auf das der Hypothek zu Grunde liegende dingliche Recht, nicht auch auf die Forderung, auf letztere können die §§ 892, 893 Z. P. O. deswegen keine Anwendung finden, weil die Zwangshypothek stets Sicherungshypothek ist und bleibt.

2) Die zweite besondere Wirkung der Zwangshypothek, die sich aus ihrer Eigenschaft als Vollstreckungsmaßregel ergibt, ist die, daß das belastete Grundstück kraft der Zwangshypothek auch für die Kosten der Eintragung haftet[3]), während bei den übrigen Hypotheken das belastete Grundstück nur für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung haftet[4]). Diese Haftung tritt kraft Gesetzes ein; die Eintragung dieser Kosten ist daher nicht nur nicht notwendig, sondern sie ist sogar unzulässig, weil sie überflüssig wäre[5]).

---

[1]) So unrichtiger Weise Seuffert Bem. 3 h zu § 867 Z. P. O., der von ihm zum Beweis angeführte Fall des § 868 Z. P. O. paßt nicht hierher.

[2]) Ebenso Staudinger Bem. B 1 a Abs. 1 zu § 892 B. G. B. und Gaupp-Stein Bem. IV zu § 867 Z. P. O.

[3]) § 867 Abs. 1 Z. P. O.

[4]) § 1118 B. G. B.

[5]) cf. Gaupp-Stein Anm. VI Abs. 1 zu § 867 u. Entsch. des O. L. G. Karlsruhe im „Recht" 1902 S. 77 Nr. 363 und 364.

Die Vorschrift, daß das Grundstück auch für die Kosten der Eintragung der Zwangshypothek haftet, entspricht der allgemeinen Regel des § 788 Z. P. O., wonach die Kosten der Zwangsvollstreckung zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruch beigetrieben werden.

§ 5.

Erlöschen der Zwangshypothek bezw. Übergang derselben in eine Eigentümerhypothek.

Die Zwangshypothek geht ebenso wie jedes andere dingliche Recht unter durch Löschung im Grundbuch. Hiezu ist die Erklärung des Hypothekengläubigers, daß er das Recht aufgebe[1]), die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Löschung und der Hypothek im Grundbuch erforderlich.

Über die Fälle, in welchen die Zwangshypothek sich in eine Eigentümerhypothek verwandelt, wird im III. Kapitel eingehend gesprochen werden. An dieser Stelle mag der Hinweis hierauf genügen.

II. Kapitel.

Die Einstellung der Zwangsvollstreckung und deren Wirkungen im allgemeinen.

§ 1.

Begriff und Zweck der Einstellung der Zwangsvollstreckung.

Fast an der gleichen Stelle, an welcher die Z. P. O. damit beginnt, allgemeine Bestimmungen über die Grundlagen, die Einleitung und die Durchführung der Zwangsvollstreckung zu

[1]) § 875 B. G. B.

geben, treffen wir auch schon auf Vorschriften, die einzelne Fälle festlegen, in denen trotz des Vorliegens der allgemeinen Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung eine solche nicht stattfinden darf, in denen kurz gesagt die Zwangsvollstreckung einzustellen bezw. die Einstellung der Zwangsvollstreckung vom Gericht anzuordnen ist.

Den Begriff der Einstellung der Zwangsvollstreckung legt die Z. P. O. nicht ausdrücklich fest; er läßt sich aber unter Zugrundelegung der allgemein sprachlichen Bedeutung des Wortes „Einstellung" und unter Berücksichtigung der in Betracht kommenden Gesetzesstellen unschwer bestimmen. Unter Einstellung der Zwangsvollstreckung ist zu verstehen die auf Verlangen des Schuldners oder eines Dritten erfolgende Innehaltung mit der Durchführung der bereits begonnenen oder auch nur in Aussicht genommenen Zwangsvollstreckung im Ganzen oder einzelner Vollstreckungsmaßregeln, zuweilen verbunden mit der Rückgängigmachung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln.

Der Zweck, den der Gesetzgeber durch die Ermöglichung der Einstellung der Zwangsvollstreckung verfolgt hat, dürfte in Folgendem zu suchen sein:

1. Die Z. P. O. stellt die Zwangsvollstreckung auf rein formelle Grundlagen. Durch die Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung an den Gläubiger wird dieser in den Stand gesetzt, die im Vollstreckungstitel bezeichnete Leistung durch Vermittlung der staatlichen Vollstreckungsorgane zwangsweise vom Schuldner beizutreiben. Die Vollstreckungsorgane haben einzig und allein zu prüfen, ob der Gläubiger formell für das Begehren der Vornahme der Zwangsvollstreckung legitimiert ist; solange das zutrifft, sind sie verpflichtet, die Vollstreckungs-Aufträge bezw. Anträge des Gläubigers zu vollziehen.

Für den Fall nun, daß eine vom Schuldner beim Prozeßgericht bezw. beim Vollstreckungsgericht erhobene materielle oder formelle Einwendung für begründet erachtet und eine diesbezügl. gerichtliche Entscheidung erlassen wird, muß dem Schuldner ein Mittel in die Hand gegeben werden, die Zwangsvollstreckung,

die ihm dadurch droht, daß der Gläubiger sich im Besitze der vollstreckbaren Ausfertigung befindet, weiterhin von sich abzuwenden. Der Gesetzgeber hat ihm dies dadurch ermöglicht, daß er an die Vollstreckungsorgane den allgemeinen Befehl erteilt, daß sie, auch wenn der Gläubiger formell zu dem Antrage auf Vornahme der Zwangsvollstreckung legitimiert ist, diese dann zu verweigern, d. h. die Zwangsvollstreckung einzustellen haben, wenn der Schuldner die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung bestimmter Art vorlegt.

2. Wie bereits oben erwähnt, ist die Entscheidung über Einwendungen, welche der Schuldner gegen die Zwangsvollstreckung erhebt, den Gerichten vorbehalten und zwar teils dem Prozeßgericht, teils dem Vollstreckungsgericht. Es ist somit gerade bei der am häufigsten vorkommenden Art der Zwangsvollstreckung, nämlich der Zwangsvollstreckung in beweglichen Sachen, zur Entscheidung über Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung niemals das Vollstreckungsorgan — der Gerichtsvollzieher — selbst berufen.

Hiebei ist es unausbleiblich, daß von dem Augenblick an, in welchem der Schuldner eine Einwendung bei der zuständigen Stelle erhebt, bis zu dem Augenblick, in welchem ihm durch Erteilung einer Ausfertigung der über die Einwendung ergangenen Entscheidung die Möglichkeit geboten wird, sich gegen die Zwangsvollstreckung zu schützen, längere Zeit verstreicht. Es erfordert nun das Interesse des Schuldners, daß ihm, wenn auch zuweilen nur unter besonderen Kautelen, schon während dieser Zeit die Möglichkeit gegeben wird, die Zwangsvollstreckung zum Stillstand zu bringen.

Deswegen hat in diesen Fällen und zwar für alle Arten der Zwangsvollstreckung ins bewegliche Vermögen ganz gleichmäßig — während bei der Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen einzelne Unterschiede bestehen — der Gesetzgeber dem Gerichte die Möglichkeit der Anordnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung gegeben. Legt der Schuldner die Ausfertigung einer solchen Anordnung dem betreffenden Voll-

streckungsorgan vor, so hat dies die Zwangsvollstreckung einstweilen einzustellen.

Aus dem Gesagten ergibt sich somit, daß die Einstellung der Zwangsvollstreckung jederzeit bezweckt, den Schuldner gegen eventuelle Schädigungen zu schützen, die ihm auf der einen Seite daraus drohen, daß die Zwangsvollstreckung auf rein formelle Grundlagen gestellt ist, andererseits daraus, daß der Gläubiger während der zur Entscheidung über eine erhobene Einwendung benötigten Zeit die Zwangsvollstreckung fortsetzen und eventuell zum Abschluß bringen läßt, sodaß ihm, wenn seine Einwendung von Erfolg ist, in den meisten Fällen gegen den Gläubiger nur die weniger günstige Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung übrig bliebe.

§ 2.

Die Arten der Einstellung der Zwangsvollstreckung.

Wie sich aus der oben festgelegten Begriffsbestimmung der Einstellung der Zwangsvollstreckung ergibt, handelt es sich bei ihr nicht um ein Rechtsgebilde, das sich nur in einer einzigen stereotypen Form zeigt; es lassen sich vielmehr von mehreren Gesichtspunkten aus eine Reihe von Arten der Einstellung der Zwangsvollstreckung unterscheiden, die hauptsächlich durch die Verschiedenheit des Grundes, aus dem sie erfolgt, bedingt sind.

1. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung kann sich beziehen auf die Vornahme aller weiteren Vollstreckungshandlungen aus einem bestimmten Vollstreckungstitel, oder auf eine einzelne Vollstreckungshandlung. Erstere erfolgt dann, wenn die Einwendung des Schuldners sich gegen den Vollstreckungstitel selbst oder gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungstitel überhaupt richtet; letztere erfolgt dann, wenn der Schuldner oder ein Dritter die Zulässigkeit einer individuell bestimmten Vollstreckungshandlung bestreitet.

2. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung kann eine einstweilige oder eine definitive sein. Erstere findet in all den

Fällen statt, in denen die Möglichkeit besteht, daß der die Einstellung der Zwangsvollstreckung veranlassende Grund später wegfällt, letztere dann, wenn die Möglichkeit späterer Fortsetzung der Zwangsvollstreckung als ausgeschlossen erscheint.

3. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung kann erfolgen unter Belassung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln oder unter Aufhebung derselben; aufgehoben werden die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln naturgemäß stets bei der definitiven Einstellung, zuweilen aber auch bei der einstweiligen Einstellung.

§ 3.

Die einzelnen Fälle der Einstellung der Zwangsvollstreckung.

Gemäß § 775 Z. P. O. haben die Vollstreckungsorgane die Zwangsvollstreckung in folgenden Fällen einzustellen:

1. Wenn vom Schuldner die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß das zu vollstreckende Urteil oder dessen vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben ist.

a) Die Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils ist möglich in den Fällen des Nachverfahrens, wenn die Entscheidung über eine geltend gemachte Aufrechnungseinrede vorbehalten ist[1]), wenn nachträglich vom Beklagten in der Berufungsinstanz vorgebrachte Verteidigungsmittel gemäß § 279 Z. P. O. zurückgewiesen worden sind und dem Beklagten deren Geltendmachung vorbehalten ist[2]) und endlich, wenn im Urkunden- oder Wechselprozeß das Urteil unter Vorbehalt der Rechte des Beklagten ergangen ist[3]). Wenn in diesen Fällen sich im Nachverfahren der Anspruch des Klägers als unbegründet erweist, so ist das unter Vor-

[1]) § 302 Z. P. O.
[2]) §§ 540 und 541 Z. P. O.
[3]) § 600 Z. P. O.

behalt ergangene Urteil aufzuheben. Möglich ist ferner die Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens[1]) und endlich können gemäß § 323 Z. P. O. Urteile, welche auf künftig fällig werdende wiederkehrende Leistungen lauten, unter bestimmten Voraussetzungen abgeändert, also auch ganz oder teilweise aufgehoben werden.

b) Die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urteils, gegen welches ein Rechtsmittel oder der Einspruch eingelegt ist, tritt mit der Verkündung — nicht erst mit der Rechtskraft — der hierauf ergehenden Entscheidung insoweit außer Kraft, als durch die Entscheidung das frühere Urteil aufgehoben oder geändert wird[2]). Ebenso ist in der Berufungsinstanz über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf Antrag vorab zu verhandeln und entscheiden[3]), und die vorläufige Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteiles dann aufzuheben, wenn sich der diesbezügliche Antrag als begründet erweist.

2. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung hat ferner stattzufinden, wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus der sich ergibt, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet ist. Eine solche Entscheidung, die zwar mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann[4]), aber, da die Beschwerde keinen Suspensiveffekt hat[5]), sofort vollstreckbar ist, ergeht in folgenden Fällen:

a) Wenn der Schuldner gemäß § 732 Abs. 1 Z. P. O. Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zollstreckungsklausel erhebt und diese Einwendungen als begründet erscheinen;

b) wenn die Einwendungen, die der Schuldner oder ein

[1]) §§ 518 ff. Z. P. O.
[2]) § 717 Abs. 1.
[3]) § 718 Abs. 1 Z. P. O.
[4]) § 793 Z. P. O.
[5]) § 572 Z. P. O.

Dritter[1]) gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung gemäß § 766 Z. P. O. erhebt, stichhaltig sind;

c) wenn der Schuldner mit der gemäß § 767 Z. P. O. erhobenen Vollstreckungsgegenklage oder mit der Klage, wodurch er gemäß § 768 Z. P. O. das Vorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel bestreitet, obsiegt;

d) wenn ein Dritter begründeter Weise gemäß § 771 P. P. O. die Vollstreckungsintervention erhebt. Das Gleiche gilt bezüglich des Widerspruches, der in den Fällen der §§ 772, 773 und 774 Z. P. O. nach den Vorschriften des § 771 Z. P. O. eingelegt werden kann.

3. Die Zwangsvollstreckung ist ferner einzustellen, wenn die Ausfertigung einer gerichtlichen Entscheidung vorgelegt wird, durch die die einstweilige Einstellung der Vollstreckung oder einer Vollstreckungsmaßregel angeordnet wird. Das Gericht hat die Möglichkeit des Erlasses einer solchen Entscheidung in folgenden Fällen:

a) Wenn gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß Erinnerungen erhoben werden oder gegen eine gerichtliche Entscheidung Beschwerde eingelegt wird; es kann hier das Gericht vor der Entscheidung über die Erinnerungen bezw. über die Beschwerde anordnen, daß die Vollziehung des angefochtenen Beschlusses auszusetzen sei[2]).

b) Wenn die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt ist oder gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil ein Rechtsmittel oder der Einspruch eingelegt ist, so kann das Gericht auf Antrag anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung — letzteres nur im Falle der Glaubhaftmachung des Entstehens eines nicht zu ersetzenden Nachteiles — einstweilen eingestellt werde oder nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde[3]).

[1]) cf. Seuffert Bem. 2 d zu § 766.
[2]) §§ 104 Abs. 3 und 572 Abs. 3 Z. P. O.
[3]) §§ 707 und 719 der Z. P. O.

c) In den unter 2 a und b bezeichneten Fällen kann das Gericht vor der Entscheidung einstweilen anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen oder nur gegen Sicherheitsleistung fortzusetzen sei[1]).

d) Die nämlichen Anordnungen kann das Gericht auf Antrag erlassen, wenn eine der unter 2 c und d genannten Einwendungen erhoben wird[2]).

e) Für Bayern bestimmt die auf Grund des in § 15 Abs. 1 des E. G. zur Z. P. O. enthaltenen Vorbehaltes getroffene Bestimmung des Art. 12 des Kompetenzkonfliktsgesetzes, daß das Gericht die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung von Amtswegen anzuordnen hat, wenn zur Zeit der Erhebung des Kompetenzkonfliktes ein in dem Rechtsstreite erlassenes Urteil vorläufig vollstreckbar ist.

4. Die Zwangsvollstreckung ist ferner einzustellen, wenn eine öffentliche Urkunde vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt ist.

Dem Schuldner ist die Abwendung der Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung auf Antrag zu gestatten, wenn ein Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt wird und der Gläubiger sich nicht erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten[3]). Es gehören ferner hierher die oben unter 3 b, c und d genannten Fälle, wenn das Gericht angeordnet hat, daß die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen sei.

5. Endlich ist die Zwangsvollstreckung einzustellen:

a) Wenn eine öffentliche Urkunde oder eine von dem Gläubiger ausgestellte Privaturkunde vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß der Gläubiger nach Erlassung des zu voll-

[1]) §§ 732 Abs. 2 und 766 Abs. 1 Z. P. O.
[2]) §§ 769 und 771 Abs. 3 Z. P. O.
[3]) § 713 Abs. 2 Z. P. O.

streckenden Urteils befriedigt ist oder Stundung bewilligt hat[1]).

b) Wenn ein Postschein vorgelegt wird, aus welchem sich ergibt, daß nach Erlassung des Urteils die zur Befriedigung des Gläubigers erforderliche Summe eingezahlt ist[2]).

6. Einen weiteren Fall der Einstellung der Zwangsvollstreckung enthält § 14, 1 K. O. Dieser bestimmt, daß während der Dauer des Konkursverfahrens Zwangsvollstreckungen zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse, noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners stattfinden. Soweit eine Zwangsvollstreckung zur Zeit der Eröffnung des Konkurses bereits begonnen ist, muß demgemäß ihre Einstellung erfolgen und zwar haben die Vollstreckungsorgane hier den Einstellungsgrund von amtswegen zu berücksichtigen und nicht erst dann, wenn er vom Konkursverwalter bezw. Gemeinschuldner geltend gemacht wird[3]).

§ 4.

Die Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung.

Die Einstellung der Zwangsvollstreckung hat, wie sich aus dem Ausdruck selbst mit Deutlichkeit ergibt, zunächst eine bloße Unterbrechung des Vollstreckungsverfahrens zur Folge. Dieses kommt in dem Punkte zum Stillstand, in dem es sich im Zeitpunkte der Einstellung der Zwangsvollstreckung befindet; die bis dahin erfolgten Vollstreckungsmaßregeln, insbesondere erworbene Pfändungspfandrechte, bleiben bestehen. Dieser Zustand darf während der Dauer der Einstellung der Zwangsvollstreckung weder zu Gunsten des Gläubigers noch zu Gunsten des Schuldners verändert werden.

In einer großen Reihe von Fällen aber legt das Gesetz[4]) der Einstellung der Zwangsvollstreckung weit intensivere Wir-

[1]) § 775 Abs. 4 Z. P. O.
[2]) § 775 Abs. 5 Z. P. O.
[3]) Vgl. Jäger Anm. 14 u. 22 zu § 14 K. O.
[4]) § 776 Z. P. O.

kungen bei, indem es bestimmt, daß nicht nur ein Stillstand im Zwangsvollstreckungsverfahren einzutreten habe, sondern daß auch die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln rückgängig zu machen seien.

Es gilt diese Bestimmung:

1. Für alle Fälle, in denen die Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung erfolgt; nur dann, wenn durch die gerichtliche Entscheidung bloß die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung angeordnet ist, sind die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln nur auf Grund ausdrücklicher Anordnung aufzuheben.

2. Es sind ferner die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln dann aufzuheben, wenn die Einstellung der Zwangsvollstreckung deswegen erfolgt, weil der Schuldner die ihm zur Abwendung der Zwangsvollstreckung nachgelassene Sicherheit oder Hinterlegung geleistet hat.

In all diesen Fällen hat die Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht eine reine Unterbrechung des Vollstreckungsverfahrens zur Folge, sondern es werden hier auch die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln rückgängig gemacht. Eine spätere Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens ist hier ausgeschlossen; fällt hier der die Einstellung herbeiführende Umstand später weg, so muß mit der Zwangsvollstreckung von vorne angefangen werden.

Von der Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel kann natürlich nur solange die Rede sein, als eine solche noch besteht. Soweit die Zwangsvollstreckung durch Befriedigung des Gläubigers beendigt ist, kann die Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel nicht in Betracht kommen.

Die Frage, wie sich das Verfahren bei der Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel gestaltet, beantwortet sich verschieden je nach der Art der aufzuhebenden Maßregel.

Während die Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung unter Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregel stets definitive sind und gegebenen Falles nur eine ganz

neue Zwangsvollstreckung beginnen kann, besteht in den übrigen Fällen die Möglichkeit einer späteren Fortsetzung des eingestellten Zwangsvollstreckungsverfahrens. Bei der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung darf die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung nur dann stattfinden, wenn eine weitere gerichtliche Entscheidung ergeht, aus der sich die Aufhebung der die Einstellung anordnenden Entscheidung ergibt. Ist aber die Einstellung auf Grund des § 775 Abs. 4 oder 5 erfolgt, so muß sie jederzeit auf Verlangen des Gläubigers fortgesetzt werden. Der Schuldner ist dann darauf verwiesen, eine gerichtliche Anordnung der Einstellung der Zwangsvollstreckung herbeizuführen[1]).

Eine Vollstreckungsmaßregel, die vorgenommen wird unter Verletzung der Vorschriften über die Einstellung der Zwangsvollstreckung, ist absolut nichtig[2]).

Auch durch die Beendigung der Zwangsvollstreckung oder durch den nachträglichen Wegfall des die Einstellung der Zwangsvollstreckung herbeiführenden Umstandes kann die Nichtigkeit solcher Vollstreckungsmaßregeln nicht geheilt werden.

III. Kapitel.

Die Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung auf die Zwangshypothek.

In den beiden vorhergehenden Kapiteln ist die Zwangshypothek einerseits und die Einstellung der Zwangsvollstreckung und deren Wirkungen andererseits Gegenstand der Erörterung gewesen. Von den so gewonnenen Grundlagen aus soll im

[1]) cf. Seuffert Bem. 1 c zu § 775 Z. P. O. und Fischer-Schäfer Bem. Nr. 4 u. 5 zu § 775 Z. P. O., a. M. Gaupp-Stein Anm. IV zu § 775, der abgesehen vom Falle der Stundung jederzeit zur Fortsetzung der Zwangsvollstreckung eine gerichtliche Entscheidung verlangt.

[2]) cf. Gaupp-Stein Bem. IV 3 und 4 vor § 704 Z. P. O.

Folgenden die gestellte Frage nach den Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung auf die Zwangshypothek untersucht und beantwortet werden.

Zunächst soll hiebei das Stadium ins Auge gefaßt werden, in welches die Zwangsvollstreckung durch Vollziehung der Eintragung der Zwangshypothek eintritt und dessen Beeinflussung sowohl durch die definitive als auch durch die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung untersucht werden. Sodann sollen die Wirkungen betrachtet werden, welche die Einstellung der Zwangsvollstreckung auf das noch im Laufe befindliche Eintragungsverfahren ausübt. Eine Zwangshypothek besteht zwar in diesen Fällen im Augenblick des Einsetzens der Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung noch nicht: es sind aber die hier eintretenden Wirkungen trotzdem Wirkungen auf die Zwangshypothek, insoferne als dadurch die Entstehung der beantragten Zwangshypothek verhindert oder verzögert werden kann. Zum Schlusse wird eine kurze Erörterung der Frage angebracht sein, welche Wirkungen einer trotz Einstellung der Zwangsvollstreckung eingetragenen Zwangshypothek zukommen.

I. Abschnitt.

Allgemeine Vorbemerkungen.

Die im II. Kapitel besprochenen allgemeinen Vorschriften der Z. P. O. über die Einstellung der Zwangsvollstreckung gelten auch für die Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek, soweit sich nicht hier aus ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen oder aus der Natur der Zwangshypothek Abweichungen ergeben. Diese Folgerung muß aus der Stellung jener Vorschriften in der Z. P. O. und aus ihrer ausdrücklichen Bezeichnung als „allgemeine Bestimmungen" gezogen werden.

Die Fälle, in denen die Einstellung der Zwangsvollstreckung angeordnet werden kann, sind naturgemäß für die

Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Zwangshypothek ganz die gleichen wie bei den übrigen Vollstreckungsmaßregeln insoweit, als durch die Anordnung die Zwangsvollstreckung aus dem betreffenden Vollstreckungstitel im Ganzen betroffen wird. Denn es nimmt eben in diesen Fällen die Anordnung dem Vollstreckungstitel dauernd oder zeitweise seine Tauglichkeit zur Zwangsvollstreckung überhaupt, ohne Rücksicht auf die gerade im Vollzuge befindlichen Zwangsvollstreckungsmaßregeln und die Anordnung ergeht ohne Rücksicht auf diese.

In den Fällen aber, in denen sich die Anordnung der Einstellung der Zwangsvollstreckung auf die einzelne Zwangsvollstreckungsmaßregel bezieht, ergibt sich für die Zwangshypothek insoferne ein Unterschied, als der Hauptfall, nämlich der der Vollstreckungsbeschwerde[1]) aus dem oben[2]) angegebenen Grunde auf das Eintragungsverfahren nicht zur Anwendung kommt, sondern § 71 G. B. O. an seine Stelle tritt. Die Entscheidung, welche auf eine solche vom Schuldner nach § 71 G. B. O. erhobene Beschwerde ergeht, ordnet zwar, falls der Schuldner durchdringt, die Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht an, hat aber die gleichen Wirkungen; sie bewirkt nämlich Hemmung der Eintragung der Hypothek und somit Hemmung der Zwangsvollstreckung.

Die Fälle allerdings, in denen der Schuldner im Laufe des Eintragungsverfahrens von der Beschwerde nach § 71 G. B. O. Gebrauch machen kann, dürften äußerst selten sein. Die Beschwerde findet nur statt gegen Entscheidungen des Grundbuchamtes. Zu solchen Entscheidungen kommt es aber im allgemeinen gerade dann nicht, wenn der Grundbuchbeamte den Eintragungsantrag für gerechtfertigt hält, denn die Anordnung der Eintragung der Hypothek gehört nicht zu diesen Entscheidungen. Sie ist ein reines Internum des Grundbuch-

[1]) § 766 Z. P. O.
[2]) Kapitel I § 3.

amtes — sie braucht in Bayern überhaupt keine schriftliche zu sein[1]) — und unterliegt daher nicht der Beschwerde[2]).

Ist die Eintragung vollzogen, so ist die Beschwerde überhaupt nicht mehr zulässig[3]), der Schuldner ist dann gegebenen Falles, d. h. wenn die Eintragung nicht hätte erfolgen dürfen und so das Grundbuch unrichtig geworden ist, auf § 894 B. G. B. verwiesen.

Betrachtet man ferner von dem oben angegebenen Gesichtspunkte aus die Frage, inwieweit die allgemeinen Vorschriften über die Einstellung, d. h. hier über die durch das die Zwangsvollstreckung vollziehende Organ erfolgende Sistierung des Zwangsvollstreckungsverfahrens Anwendung finden können, so ergibt sich Folgendes:

Den allgemeinen Bestimmungen der §§ 775 und 776 Z. P. O. steht hier die Sondervorschrift des § 868 Z. P. O. gegenüber. Es muß daher geprüft werden, in welchem Verhältnis diese Vorschriften zu einander stehen.

a) § 868 Z. P. O. hat nur die Fälle der definitiven Einstellung der Zwangsvollstreckung im Auge; er trifft keine Anordnungen, insoweit es sich um eine einstweilige Einstellung handelt; hier kommen somit die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung.

b) § 868 Z. P. O. bezieht sich lediglich auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung bei bereits vollzogener Eintragung der Zwangshypothek. Solange also das Eigentumsverfahren noch nicht beendet ist, gelten die §§ 775 und 776 Z. P. O.

Unrichtig ist es somit, den § 868 Z. P. O. als Ersatz der §§ 775, 776 Z. P. O. anzusehen[4]). Es zeigt insbesondere auch die Entstehungsgeschichte des § 868 Z. P. O., die unten näher erörtert werden wird, daß der Gesetzgeber in dem § 868

[1]) cf. Schmitt-Henle Anm. 3 zu § 45 G. B. O.

[2]) Ebenso Meikel Bem. 2 d zu § 71 G. B. O. und Predari Anm. 14 zu § 71 G. B. O. — A. M. Güthe Anm. 7 zu § 71 G. B. O.

[3]) § 71 Abs. 2 G. B. O.

[4]) So Fischer-Schäfer S. 113 Anm. i.

Z. P. O. alles andere als einen Ersatz für die §§ 775, 776 Z. P. O. schaffen wollte. Es sollte durch den § 868 Z. P. O. lediglich eine Modifikation der Wirkungen herbeigeführt werden, die die definitive Einstellung der Zwangsvollstreckung auf die bereits eingetragene Zwangshypothek ausübt und diese Modifikation nahm die II. Kommission zur Ausarbeitung eines Entwurfes eines B. G. B. vor, weil sie die Ausdehnung des Instituts der Eigentümerhypothek auf diese Fälle als der Billigkeit entsprechend erachtete.

II. Abschnitt.

Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung auf die bereits eingetragene Zwangshypothek.

§ 1.

Wie bereits im vorhergehenden Kapitel ausgeführt wurde, kann eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nur solange in Betracht kommen, als nicht das Zwangsvollstreckungsverfahren bezw. die einzelne Vollstreckungsmaßregel beendet ist. Von diesem Gesichtspunkte aus muß gefragt werden, ob denn bei der eingetragenen Zwangshypothek von einer Einstellung der Zwangsvollstreckung überhaupt noch gesprochen werden kann; denn auf den ersten Blick erscheint doch das Zwangsvollstreckungsverfahren bezüglich der Zwangshypothek mit deren Eintragung als beendet.

Es muß hier zurückgegriffen werden auf die früher[1]) angestellten Erörterungen über die Bedeutung der Zwangshypothek als Mittel der Zwangsvollstreckung. Dort ist ausgeführt, daß sich die Zwangshypothek von allen anderen Zwangsvollstreckungsmitteln gerade dadurch unterscheidet, daß ihr Zweck nicht in der Befriedigung, sondern in der Sicherstellung des

[1]) Kapitel I § 4.

Gläubigers besteht. Da nun aber ein Zwangsvollstreckungsverfahren bezw. eine einzelne Zwangsvollstreckungsmaßregel nur dann und nur insoweit als beendigt zu betrachten ist, als sie zur Befriedigung des Gläubigers geführt hat oder ergebnislos verlaufen ist[1]), mit Eintragung der Zwangshypothek aber keiner dieser beiden Fälle gegeben ist, so folgt, daß durch die Eintragung der Zwangshypothek die Zwangsvollstreckung weder ganz noch teilweise beendet wird[2]). Das Stadium, in welches die Zwangsvollstreckung durch Eintragung der Zwangshypothek tritt, entspricht vielmehr dem Entstehen des Pfändungspfandrechtes bei der Mobiliarvollstreckung.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß es unrichtig wäre, die Möglichkeit der Einstellung der Zwangsvollstreckung bei der eingetragenen Zwangshypothek wegen Beendigung der Zwangsvollstreckung ausschließen zu wollen. Es hat dies auch der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht dadurch, daß er gerade für den Fall der Einstellung der Zwangsvollstreckung bei bereits eingetragener Zwangshypothek besondere Vorschriften getroffen hat.

§ 2.

Die Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung unter Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln im allgemeinen bestehen einerseits darin, daß das Vollstreckungsverfahren sistiert wird, andererseits darin, daß die Vollstreckungsmaßregeln, soweit sie bereits vollzogen sind, aber noch nicht zur Beendigung der Zwangsvollstreckung, sei es ganz oder teilweise, geführt haben, rückgängig zu machen sind.

Wendet man diese allgemeinen Grundsätze auf die bereits eingetragene Zwangshypothek an, so gelangt man zu folgendem Ergebnis:

[1]) cf. oben Kap. II § 4. Gaupp-Stein Bem. VII c vor § 704.
[2]) Gaupp-Stein Bem. III 7 zu § 867 Z. P. O.; Rechtsspr. d. O. L. G. Bd. IV S. 143 R. G. Bd. 41 S. 395.

Die Einstellung der Zwangsvollstreckung ist gegenüber der Zwangshypothek ohne Wirkung, soweit es sich um Sistierung des Vollstreckungsverfahrens handelt; denn mit der Eintragung ist das auf die Zwangshypothek bezügliche Vollstreckungsverfahren ohnedies zum Stillstand gekommen. Die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aber müßte für die Zwangshypothek die Konsequenz haben, daß sie aufzuheben, d. h. zu löschen wäre.

Diese Folgerung sprach auch der E I z. B. G. B., der sich anschließend an die Vorschriften über die Hypothek auch mit der Zwangshypothek beschäftigte, in seinem § 1133 aus mit folgenden Worten: „Ist die Zwangsvollstreckung ..... mit der Wirkung einzustellen, daß zugleich die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben sind, ... so ist zur Löschung der Zwangshypothek die Bewilligung des Gläubigers nicht erforderlich." Dieses Recht des Schuldners, bei Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln Löschung der Hypothek ohne Bewilligung des Gläubigers zu verlangen, hielt der Gesetzgeber für etwas ganz Selbstverständliches und normierte es nur um deswillen ausdrücklich, weil darin eine Durchbrechung des formellen Konsensprinzipes liege[1]).

Bei der zweiten Lesung wurde das Institut der Eigentümerhypothek auf die Fälle der Einstellung der Zwangsvollstreckung unter Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln bei der Zwangshypothek übertragen und man gab dem § 1133 des E I den Inhalt des jetzigen § 868 Z. P. O. Man erwog hiebei vor allem, „daß es nicht gerechtfertigt erscheine, im Falle der Befriedigung des Gläubigers die Umwandelung der Zwangshypothek in eine Eigentümerhypothek eintreten zu lassen, in dem Falle dagegen, wenn der Eigentümer z. B. die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheit bewirke, dem Eigentümer nur das Recht auf die Löschung der Zwangshypothek zu geben[2]).

[1]) cf. Motive zu E I z. B. G. B. Bd. III S. 776.

[2]) cf. Protokolle der II. Lesung S. 706 V.

Der auf diese Weise zustande gekommene § 868 Z. P. O. lautet:

Wird durch eine vollstreckbare Entscheidung die zu vollstreckende Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben, oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt, oder deren Einstellung angeordnet, so erwirbt der Eigentümer des Grundstücks die Hypothek.

Das Gleiche gilt, wenn durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln angeordnet wird, oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt.

Aus einer Vergleichung mit § 776 Z. P. O. ergibt sich, daß § 868 Z. P. O. all die Fälle der Einstellung der Zwangsvollstreckung unter Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln umfaßt: für sie alle normiert er gleichmäßig den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer des Grundstücks.

1. Zeitpunkt des Überganges.

§ 776 Z. P. O. bestimmt, daß in den dort aufgezählten Fällen neben der Einstellung der Zwangsvollstreckung zugleich die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben seien und § 775 Z. P. O. macht die Einstellung der Zwangsvollstreckung stets davon abhängig, daß der Schuldner die Ausfertigung der betreffenden Entscheidung oder der betreffenden Urkunde dem Vollstreckungsorgane vorlegt. Es treten also im allgemeinen die Wirkungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung und der Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln nicht zugleich mit dem sie veranlassenden Ereignis ein, sondern sie sind von einer weiteren Tätigkeit des Schuldners abhängig.

Anders bei der Zwangshypothek. Hier ist die Wirkung des die Einstellung der Zwangsvollstreckung und Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln herbeiführenden Umstandes eine augenblickliche. Im einzelnen ist hier über den Zeitpunkt des Überganges der Hypothek folgendes zu sagen:

a) Wenn die unter § 868 Z. P. O. fallende Entscheidung ein Urteil ist, so geht die Hypothek auf den Eigentümer über in dem Augenblick, von dem ab das Urteil vollstreckbar, d. h. rechtskräftig oder vorläufig vollstreckbar ist.

b) Ist die betreffende Entscheidung ein Beschluß, so erfolgt der Übergang der Hypothek mit der Verkündung bezw., wenn die Entscheidung in den Fällen der §§ 104 oder 732 Z. P. O. ohne vorgängige mündliche Verhandlung ergeht, mit der gemäß § 329 Abs. 3 Z. P. O. von amtswegen erfolgenden Zustellung. Gegen die hier in Betracht kommenden Beschlüsse ist zwar das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zulässig[1]); diese verzögert aber den Eintritt der Vollstreckbarkeit nicht[2]).

c) In den Fällen, in denen Abwendung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung oder Hinterlegung nachgewiesen ist, geht die Hypothek auf den Eigentümer über in dem Augenblick, in welchem die Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in der vorgeschriebenen Art und Weise erfolgt.

Die Vorlegung der betreffenden Entscheidung oder öffentlichen Urkunde dem Grundbuchamte gegenüber hat hier eine andere Bedeutung. Durch den stillschweigenden Übergang der Hypothek auf den Eigentümer wird das Grundbuch unrichtig; es ist noch der Gläubiger als Inhaber der Zwangshypothek eingetragen, während tatsächlicher Inhaber der Hypothek der Eigentümer des Grundstückes ist. Diese Unrichtigkeit des Grundbuches kann der Grundstückseigentümer dadurch beseitigen, daß er eine Ausfertigung der betreffenden Entscheidung bezw. die betreffende öffentliche Hinterlegungsurkunde dem Grundbuchamte vorlegt und so die Unrichtigkeit des Grundbuches nachweist. Es hat dann das Grundbuchamt gemäß §§ 22 und 29

[1]) cf. §§ 104 u. 793 Z. P. O.
[2]) § 572 Z. P. O.

G. B. O. ohne weiteres die Umschreibung der Hypothek vorzunehmen.

2. Die Person, auf welche die Hypothek übergeht.

§ 868 Z. P. O. bestimmt, daß in den von ihm festgelegten Fällen die Hypothek auf den Eigentümer des Grundstückes übergehe und meint damit zweifellos den Eigentümer des Grundstücks im Augenblicke des Eintritts des den Übergang der Hypothek bewirkenden Ereignisses, mag diese Person nun als Eigentümer eingetragen sein oder nicht[1]). Weitere Vorschriften über die Frage, auf wen die Zwangshypothek in den Fällen des § 868 Z. P. O. übergehe, enthalten die besonderen Bestimmungen der Z. P. O. über die Zwangshypothek nicht. Es wäre aber unrichtig, daraus den Schluß ziehen zu wollen, daß andere Vorschriften in dieser Richtung gar nicht in Betracht kommen könnten.

Im § 868 Z. P. O. wollte der Gesetzgeber kein besonderes Institut der Eigentümerhypothek für die Zwangshypothek schaffen; er wollte lediglich, wie sich aus der oben erörterten Entstehungsgeschichte des § 868 Z. P. O. ergibt, die Zwangshypothek in den Fällen des § 868 Z. P. O. den nämlichen Schicksalen unterwerfen, welche nach den Bestimmungen des B. G. B. im Falle des Erlöschens der Forderung die Hypothek überhaupt treffen.

Von diesem Gesichtspunkte aus mag folgender Fall betrachtet werden:

Am Grundstücke des A ist eine Zwangshypothek für eine Forderung des B eingetragen. Es veräußert nun A dieses Grundstück an C, wobei vereinbart wird, daß C die Hypothek samt der Forderung unter Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt. B verweigert aber der Schuldübernahme die Genehmigung. Tritt nun hier auf Betreiben des A einer der Fälle des § 868 Z. P. O. ein, z. B. weil A die ihm zur Abwendung

[1]) Der eingetragene Scheineigentümer erwirbt niemals die Hypothek, weil der Übergang kraft Gesetzes erfolgt, er sich somit auf § 892 B. G. B. nicht berufen kann; Brück S. 221.

der Zwangsvollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung bewirkt, so geht die Hypothek nicht auf den Grundstückseigentümer C über. Es erwirbt vielmehr unter analoger Anwendung des § 1164 B. G. B. A, der von C Ersatz verlangen kann, die Hypothek unmittelbar von B für seine Ersatzforderung[1]). Es ist somit nur richtig zu sagen, daß die Zwangshypothek in den Fällen des § 868 Z. P. O. in der Regel demjenigen zufällt, der im Augenblick des Eintritts jenes Ereignisses Eigentümer des Grundstückes ist.

Der Übergang der Zwangshypothek tritt auch dann ein, wenn im Augenblick der Einstellung der Zwangsvollstreckung der Gläubiger, gegen den sich die die Einstellung anordnende Entscheidung richtet, gar nicht mehr Inhaber der Hypothek ist, sondern diese samt der Forderung auf einen anderen übertragen hat. Selbst wenn die Übertragung erst erfolgt ist, nachdem die Zwangsvollstreckung bereits eingestellt, die Umschreibung der Hypothek im Grundbuch aber noch nicht erfolgt war, ist der neue Gläubiger nicht durch § 892 B. G. B. geschützt. Da nämlich aus dem Grundbuch die Eigenschaft der Hypothek als Zwangshypothek ersichtlich ist, so muß sich auch der Erwerber einer solchen Hypothek im Klaren darüber sein, daß jederzeit die Möglichkeit besteht, daß die Hypothek ganz unabhängig von seinem Willen auf einen anderen übergeht[2]).

Die bisherigen Ausführungen über den Übergang der Zwangshypothek auf den Eigentümer gemäß § 868 Z. P. O. bedürfen einer Einschränkung. Es wird nämlich nicht die hypothekarische Haftung des Grundstückes in ihrem vollen Umfange zur Eigentümerhypothek; sie erlischt vielmehr insoweit, als sie sich erstreckt auf Zinsen, Kosten und sonstige Nebenleistungen. Daß diese im § 1178 B. G. B. enthaltene Vorschrift auch auf die gemäß § 868 Z. P. O. entstehende Eigentümerhypothek Anwendung zu finden hat, folgt schon aus dem allgemeinen Grund-

[1]) cf. Seuffert Bem. 1 Abs. 2 zu § 868 Z. P. O.

[2]) So auch Seuffert Bem. 3 h zu § 867 Z. P. O.; Fischer-Schäfer S. 122 oben.

satz, daß die Zwangshypothek, soweit nicht Sonderbestimmungen bestehen, den Vorschriften des B. G. B. ebenso unterworfen ist, wie jede andere Hypothek. Es muß dieser Schluß aber auch daraus gezogen werden, daß der gesetzgeberische Gedanke, der zur Vorschrift des § 1178 B. G. B. führte, von dem ganz allgemeinen Gesichtspunkte ausgeht, daß für diese gemäß § 1159 B. G. B. weder den besonderen Vorschriften über die Übertragung der Hypothekforderung noch dem öffentlichen Glauben des Grundbuches unterliegenden Leistungen die für die Eigentümerhypothek sprechenden Gründe nicht zutreffen[1]).

Dieses Erlöschen der Haftung des Grundstückes ist bei der Zwangshypothek insoferne von besonderer Bedeutung, als das Grundstück hier nicht nur für die in § 1118 B. G. B. Nebenleistungen, sondern auch für die Kosten der Eintragung haftet[2]).

§ 3.

Von dem Augenblicke an, in dem die Zwangshypothek gemäß § 868 Z. P. O. auf den Eigentümer übergeht, haben wir es nicht mehr mit einer Hypothek zu tun.

§ 1177 Abs. 1 B. G. B. bestimmt nämlich, daß im Falle der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, sich die Hypothek in eine Grundschuld verwandelt. Das ist auch bei der Zwangshypothek regelmäßig der Fall; mag nun etwa die Einstellung der Zwangsvollstreckung erfolgt sein auf Grund einer Entscheidung, die auf eine Vollstreckungsgegenklage hin ergangen ist und feststellt, daß der Gläubiger gar nicht mehr berechtigt ist, die im Vollstreckungstitel enthaltene Forderung geltend zu machen, oder mag die Einstellung der Zwangsvollstreckung etwa deswegen erfolgt sein, weil der Schuldner die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung ihm nachgelassene Hinterlegung bewirkt hat. In all diesen Fällen

[1]) cf. Motive z. B. G. B. Bd. III S. 735 f. § 1101.
[2]) § 867 Abs. 1 Satz 3 Z. P. O

geht die Hypothek auf den Eigentümer über, ohne daß ihm auch die Forderung zusteht und in all diesen Fällen verwandelt sich gemäß § 1177 B. G. B. die Hypothek im Augenblicke des Überganges in eine Grundschuld.

Diese Bestimmung des § 1177 B. G. B. spricht nur eine Folgerung nochmals ausdrücklich aus, die sich schon aus dem Wesen der Hypothek mit Notwendigkeit ergibt, denn es trägt gemäß § 1113 B. G. B. die Hypothek als wesentlichen Bestandteil im Gegensatz zur Grundschuld[1]) die Notwendigkeit des Bestehens einer Forderung in sich, für die der Gläubiger aus dem belasteten Grundstück Befriedigung verlangen kann. Wo eine solche Forderung nicht vorhanden ist, besteht auch keine Hypothek. Und deswegen muß in all den Fällen, in denen dem Eigentümer die Hypothek, aber nicht die Forderung zusteht, an Stelle dieser Eigentümerhypothek ipso iure die Eigentümergrundschuld treten.

Der Ausdruck, „es verwandelt sich" die Hypothek in eine Grundschuld, darf nicht zu der Annahme führen, als ob in dem inneren Wesen der Hypothek sich jetzt eine völlige Umwälzung vollziehe[2]). Es sind vielmehr Hypothek und Grundschuld mit einander so enge verwandt, daß das Gebilde, welches aus der Hypothek im Falle des Wegfallens der Forderung entsteht, sich von der Grundschuld in keinem Punkte mehr unterscheidet, und daher als solche betrachtet wird.

Speziell bei der Zwangshypothek aber ist der Übergang auf den Eigentümer von noch viel weittragenderer Bedeutung. Es ergibt sich das aus der Natur der Zwangshypothek als Vollstreckungsmaßregel.

Niemand kann sein eigener Gläubiger sein; noch viel weniger aber kann jemand gegen sich selbst mit Zwangsvollstreckungsmaßregeln vorgehen. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß die Zwangshypothek von dem Augenblick an, in welchem sie auf den Eigentümer übergeht, nicht mehr als

[1]) cf. § 1191 B. G. B.
[2]) cf. Staudinger Anm. I 2 zu § 1177.

Zwangsvollstreckungsmaßregel betrachtet und behandelt werden darf. Es fallen deshalb mit dem Übergang der Zwangshypothek auf den Eigentümer alle die Eigentümlichkeiten weg, welche der Zwangshypothek in ihrer Eigenschaft als Zwangsvollstreckungsmaßregel zukommen. Der Eigentümer kann, falls er sie weiter überträgt, an die Stelle der früheren Forderung Forderungen setzen, für welche gemäß § 866 Abs. 3 Z. P. O. eine Zwangshypothek gar nicht eingetragen werden könnte, der Eigentümer kann sie aus der Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek, aus der Buchhypothek in eine Briefhypothek umwandeln.

Unrichtig wäre es auch, wenn man annehmen würde, daß die Funktion der Zwangshypothek als Vollstreckungsmaßregel nur für die Dauer der Vereinigung der Hypothek und des Eigentums in einer Person ruhe, bei allenfallsiger Weiterveräußerung der Hypothek aber wieder auflebe. Es stünde hier zwar das oben geäußerte Bedenken, daß niemand gegen sich selbst die Zwangsvollstreckung betreiben kann, nicht mehr im Wege; dagegen drängt aber die Erwägung, daß Zwangsvollstreckungsmaßregeln nur durch die hiezu bestellten staatlichen Organe vollzogen werden können, hier aber für eine Forderung durch Parteivereinbarung eine Zwangsvollstreckungsmaßregel bewirkt würde, zu obiger Folgerung.

Handelt es sich in den Fällen des § 868 Z. P. O. um eine Zwangshypothek, die an mehreren Grundstücken eingetragen ist, indem die Forderung gemäß § 867 Abs. 2 Z. P. O. auf diese verteilt ist, so besteht von dem Augenblick des Überganges der Hypothek auf den Eigentümer ab nicht mehr eine einheitliche Hypothek, sondern so viele einzelne Eigentümerhypotheken als Grundstücke belastet sind und zwar an jedem von ihnen in Höhe des ihm bei Eintragung der Hypothek zugeteilten Betrages. Denn die Verbindung dieser verschiedenen Belastungen zu *einer* Hypothek wird hergestellt durch den Vollstreckungstitel bezw. die ihm zu Grunde liegende Forderung; diese Verbindung aber wird durch die definitive Einstellung der Zwangsvoll-

streckung gelöst, von wo ab jede Beziehung zwischen Hypothek und Vollstreckungstitel aufgehoben ist.

§ 4.

Es bleibt in diesem Zusammenhange noch die Prüfung der Frage übrig, ob eine Verwandlung der Zwangshypothek in eine Eigentümerhypothek nur in den Fällen des § 868 Z. P. O. möglich ist, oder ob diese auch eintritt, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen das B. G. B. nach §§ 1163 und 1168 die Umwandlung eintreten läßt. Der zweifellos wichtigste und häufigst vorkommende Fall ist hiebei das Erlöschen der Forderung.

Betrachtet man diese Frage zunächst von der Entstehungsgeschichte des § 868 Z. P. O. aus, so muß man sich wundern, wie überhaupt hier ein Zweifel auftauchen kann. Der Gesetzgeber ging von der Erwägung aus, daß es unbillig sei, den Eigentümer im Falle der Befriedigung des Gläubigers die Hypothek erwerben zu lassen, im Falle der Einstellung der Zwangsvollstreckung aber, wie es im § 1177 des E I z. B. G. B. vorgesehen war, ihm nur das Recht zu geben, die Hypothek löschen zu lassen. Er wollte diese beiden Fälle gleichmäßig regeln und deswegen gab er dem § 1177 des E I z. B. G. B. die Fassung des jetzigen § 868 Z. P. O.

Daraus folgt der klare Wille des Gesetzgebers, daß die Bestimmungen des B. G. B über den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer für die Zwangshypothek neben dem § 868 Z. P. O. Geltung haben sollen.

Daß nun das wirklich der Fall sei, wird von einer Reihe von Schriftstellern aufs heftigste bekämpft. So führt Bruck aus[1]), daß der Titel, auf welchem die Zwangshypothek beruhe, eine von der Forderung, die er allerdings voraussetze, ganz unabhängige Existenz habe. Es bestünden demnach alle Zwangsvollstreckungsmaßregeln solange fort, bis die Zwangsvollstreckung

[1]) cf. Bruck „Die Eigentümerhypothek" S. 178 f.

aufgehoben oder für unzulässig erklärt werde, selbst wenn der materielle Anspruch längst untergegangen sein sollte. Und daher sei auch das Entstehen der Eigentümerhypothek aus der Zwangshypothek nicht abhängig von dem Untergang des materiellen Anspruches, sondern allein von der Beseitigung des Titels.

Dem schließt sich Gaupp-Stein[1]) an und fügt bei, daß sich andernfalls auch das wunderliche Resultat ergebe, daß § 868 Z. P. O. für den praktischen Hauptfall der Befriedigung des Gläubigers gegenstandslos würde, weil ja hier, bis ein event. Urteil nach § 767 Z. P. O. ergehe, der Übergang der der Hypothek bereits längst gemäß § 1163 B. G. B. erfolgt sei.

Mit ähnlichen Gründen wird der gleiche Standpunkt von Predari[2]) vertreten.

Diesen Ausführungen kann aber nicht beigestimmt werden.

Es ist zwar nicht zu bestreiten, daß das Erlöschen der Forderung ipso iure dem Vollstreckungstitel seine formelle Tauglichkeit zur Zwangsvollstreckung nicht nimmt und im allgemeinen auch die auf Grund des Vollstreckungstitels bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln nicht beeinflußt. Gerade die Zwangshypothek aber macht hier eine Ausnahme, wie sich aus ihrer Eigenschaft als Hypothek mit Naturnotwendigkeit ergibt.

Da nämlich das Wesen der Hypothek darin besteht, daß kraft derselben für eine bestehende Forderung aus dem verhafteten Grundstück Befriedigung verlangt werden kann und im B. G. B. der Grundsatz streng durchgeführt ist, daß, wo keine Forderung ist, auch keine Hypothek sein kann, so kann auch bei der Zwangshypothek nach dem Wegfall der Forderung von einem Fortbestehen derselben als Hypothek keine Rede mehr sein. Etwas Sonderbares kann daran, daß § 868 Z. P. O. gerade für den Hauptfall, nämlich der Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 767 Z. P. O. im Falle vorheriger Befriedigung des Gläubigers gegenstandslos wäre, nicht erblickt wer-

[1]) Bem. II zu § 868 Z. P. O.

[2]) Komm. z. G. B. O. S. 356 f.

den, wenn man bedenkt, daß der Gesetzgeber den § 868 Z. P. O. als Ergänzung des § 1163 B. G. B. geschaffen hat. Es sollte durch den § 868 Z. P. O. für die Zwangshypothek das Institut der Eigentümerhypothek nicht eingeschränkt, sondern erweitert werden.

Der hier vertretenen Ansicht der Anwendbarkeit des § 1163 B. G. B. neben § 868 Z. P. O. sind auch Thurnau-Förster[1]), Fischer-Schäfer[2]), das Reichsgericht[3]), Güthe[4]), Staudinger[5]), Hachenburg[6]).

Daß außerdem die Zwangshypothek auch im Falle des Verzichtes des Gläubigers auf die Hypothek auf den Eigentümer übergeht[7]), wird von keiner Seite bestritten[8]).

§ 5.

Die Anordnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne gleichzeitige Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln übt auf die bereits eingetragene Zwangshypothek nach außen hin erkennbare Wirkungen nicht aus. Denn mit der Vollendung der Eintragung der Zwangshypothek ist das Vollstreckungsverfahren ohnedies zum Stillstand gekommen.

Die Zwangshypothek aber bleibt als fertige Vollstreckungsmaßregel einstweilen bestehen, ebensogut wie bei der Mobiliarzwangsvollstreckung das Pfändungspfandrecht. Wie aber dieses während der Dauer der Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht zur Befriedigung des Gläubigers benutzt werden darf, so darf auch, solange die Einstellung der Zwangsvollstreckung dauert, eine Befriedigung des Zwangshypothekengläubigers aus dem Grundstücke nicht erfolgen.

Daraus ergibt sich nun folgendes:

Die Befriedigung des Hypothekengläubigers aus dem Grundstück erfolgt im Wege der Zwangsversteigerung und zwar

[1]) Bd. I S. 1057.
[2]) S. 121 Bem. 6a.
[3]) Komment. d. R. G. R. Anm. 1 zu § 1163 B. G. B.
[4]) Anm. 108 zu § 19 G. B. O.
[5]) Bem. III 9 zu § 1163.
[6]) Vortr. S. 639 unten.
[7]) § 1168 B. G. B.
[8]) cf. z. B. Gaupp-Stein Bem. II 2. Abs. z. § 868 Z. P. O.

entweder dadurch, daß der betreffende Hypothekengläubiger selbst, oder ein Gläubiger, dessen Forderung der seinigen im Range vorgeht, die Zwangsversteigerung betreibt. Wird nun im ersteren Falle die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungstitel, aus welchem die Zwangshypothek eingetragen ist, einstweilen eingestellt, so ergreift diese Einstellung der Zwangsvollstreckung das Zwangsversteigerungsverfahren unmittelbar, bringt es zur Einstellung und verhindert die Befriedigung des Hypothekengläubigers aus dem Grundstück für die Dauer der Einstellung der Zwangsvollstreckung. Denn die Fälle, in denen gemäß den Vorschriften der Z. P. O. die Zwangsvollstreckung einzustellen ist, gelten auch für das Zwangsversteigerungsverfahren[1]).

In dem anderen Falle aber, in dem die Zwangsversteigerung in das mit der Zwangshypothek belastete Grundstück von einem Dritten betrieben wird und zwar wegen einer Forderung, welche der des Zwangshypothekengläubigers im Range vorgeht, liegen die Verhältnisse wesentlich anders. Wird hier die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungstitel, aus dem die Zwangshypothek eingetragen ist, angeordnet, so würde es den berechtigten Interessen des Schuldners widerstreiten, wenn während der Dauer der Einstellung der Zwangsvollstreckung der auf die Zwangshypothek treffende Teil des Erlöses dem Zwangshypothekgläubiger gemäß § 117 Z. V. G. ausgehändigt und so der Gläubiger aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigt würde. Der Schuldner muß daher die Ausführung des Verteilungsplanes insoweit zu verhindern suchen; er kann das durch Widerspruchserhebung gemäß § 115 Z. V. G. bei der Verhandlung über den Verteilungsplan.

Dieser Widerspruch richtet sich hier gegen einen vollstreckbaren Anspruch; es scheint daher zunächst, als ob dieser Wider-

[1]) cf. Fischer-Schäfer S. 193 Bem. II und insbes. Jäckel Bem. 4 zu § 28 Z. V. G.

spruch gemäß § 115 Abs. 3 Z. V. G. nur nach § 767, 769, 770 Z. P. O. erledigt d. h. nur dann berücksichtigt werden könnte, wenn auf Grund einer Vollstreckungsgegenklage definitive oder einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung erwirkt wird und es muß zunächst als unerklärlich erscheinen, warum hier der Schuldner, der auf Grund des § 707, 719 oder 732 eine Anordnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung erwirkt hat, nicht ebensogut das Recht haben sollte, der Ausführung des Verteilungsplanes zu widersprechen, wie dann, wenn gemäß § 769 Z. P. O. eine solche Anordnung ergangen ist. Denn in all diesen Fällen hat doch sonst die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ganz die gleiche Bedeutung und Wirkung. Es wäre ja auch dem Schuldner, der die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Grund der §§ 707 oder 732 Z. P. O. erwirkt hat, gar nicht möglich, auch beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 769 Z. P. O. eine neue derartige Anordnung herbeizuführen; denn solange die erstere Anordnung besteht, fehlt für den Erlaß einer neuen solchen Anordnung, sei es auch aus einem anderen Grunde, jedes Bedürfnis. Neben § 719 Z. P. O. kommt ferner § 769 Z. P. O. schon deswegen nicht in Betracht, weil nach Einlegung der Berufung oder des Einspruches während des hiedurch in Lauf gesetzten Verfahrens die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage[1]) nicht zulässig ist.

Die Lösung dieser Frage ergibt sich aus Folgendem:

§ 115 Abs. 3 Z. P. O. hat nur die Hypothek des V. G. V. im Auge. Bei dieser hängt die Frage, ob der Gläubiger der Forderung, für die die Hypothek eingetragen ist, aus dem Grundstück befriedigt werden darf, nur davon ab, ob diese Forderung vollstreckbar ist oder nicht. Für den Fall, daß das Bestehen der Forderung durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, kann der Schuldner mit der Behauptung, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück nicht verlangen

[1]) § 767 Abs. 2 Z. P. O. und Gaupp-Stein Bem. II d zu § 767 Z. P. O.

könne, nur mit Hilfe der Vollstreckungsgegenklage durchdringen und deswegen kann er seinen Widerspruch nur auf die §§ 767, 769 und 770 Z. P. O. stützen.

Übersehen hat hier freilich der Gesetzgeber, die Möglichkeit, daß bei bloß vorläufig vollstreckbarem Urteil der Schuldner die Feststellung des Nichtbestehens der Forderung im Rechtsmittelwege bezw. durch Einspruch erreichen kann; wird hier die Zwangsvollstreckung gemäß § 719 Z. P. O. einstweilen eingestellt, so kann es nach den obigen Ausführungen keinem Zweifel unterliegen, daß der Widerspruch auch hierauf gestützt werden kann[1]).

Völlig unbeachtet hat der Gesetzgeber aber im § 115 Abs. 3 Z. V. G. die Besonderheiten der Zwangshypothek gelassen, die darin bestehen, daß der Gläubiger, für dessen Forderung die Zwangshypothek eingetragen ist, nicht schon dann, wenn das Bestehen der Forderung feststeht, unter allen Umständen kraft der Zwangshypothek aus dem Grundstück Befriedigung verlangen kann. Wenn vielmehr und solange die Zwangsvollstreckung aus dem die Grundlage der Zwangshypothek bildenden Vollstreckungstitel aus irgend welchem Grunde eingestellt ist, darf die Befriedigung aus dem Grundstücke nicht erfolgen. Bei der definitiven Einstellung der Zwangsvollstreckung verliert Gläubiger das Hypothekenrecht überhaupt.

Deswegen kann hier der Widerspruch des Schuldners gegen den Teilungsplan nicht nur im Wege der §§ 767, 769 und 770 Z. P. O., sondern auch durch jede andere von der Z. P. O. gegebenen Möglichkeit der Herbeiführung der Einstellung der Zwangsvollstreckung erledigt werden und dahin ist § 115 Abs. 3 Z. V. G. zu ergänzen.

Der mit einer der angebenen Begründungen erhobene Widerspruch bewirkt, daß im Teilungsplane festzustellen ist, wie der streitige Betrag verteilt werden soll, wenn der Widerspruch definitiv für begründet erklärt wird[2]); der Betrag, der auf die

[1]) Ebenso Fischer-Schäfer Bem. 2 Abs. 1 zu § 115 Z. V. G.
[2]) § 124 Abs. 1 Z. V. G.

Zwangshypothek trifft, wird für die Berechtigten hinterlegt, bezw. wird, soweit er nicht bar bezahlt ist, die Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten übertragen und zwar erfolgt Hinterlegung sowohl wie die Übertragung für jeden der Berechtigten unter der entsprechenden Bedingung, daß nämlich der Betrag dem Gläubiger auszubezahlen ist, wenn der Schuldner mit seinem Widerspruch nicht durchdringt, andernfalls dem Schuldner[1]).

III. Abschnitt.

Beeinflussung des Eintragungsverfahrens durch die Einstellung der Zwangsvollstreckung.

§ 1.

Oben[2]) ist bereits die Frage erörtert worden, inwieweit die allgemeinen Vorschriften der Z. P. O. über die Einstellung der Zwangsvollstreckung[3]) auf die Zwangshypothek anzuwenden sind. Dort wurde konstatiert, daß die Sonderbestimmung des § 868 Z. P. O. sich nur auf die bereits eingetragene Zwangshypothek bezieht und daß durch ihn die Anwendbarkeit der §§ 775 und 776 Z. P. O. auf das Eigentumsverfahren nicht ausgeschlossen wird.

§ 775 Z. P. O. erfordert zur Einstellung der Zwangsvollstreckung stets eine Tätigkeit des Schuldners; der Schuldner muß dem Organe, welches die Zwangsvollstreckung vollzieht, die Urkunde vorlegen, aus welcher der Eintritt des die Einstellung der Zwangsvollstreckung herbeiführenden Ereignisses hervorgeht.

Nun ist allerdings richtig, daß der Schuldner bei der Eintragung der Zwangshypothek im allgemeinen keine Gelegenheit

[1]) §§ 124 und 120 Z. V. G.
[2]) Kap. III Abschnitt I § 2.
[3]) §§ 775, 776.

haben wird, in das Eintragungsverfahren einzugreifen. Er wird in der Regel davon, daß der Gläubiger den Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek gestellt hat, erst Kenntnis erlangen, nachdem die Eintragung vollzogen ist. Es ist das aber nicht etwa, wie Fischer-Schäfer[1]) anzunehmen scheint, eine Folge davon, daß sich bei der Zwangshypothek das Zwangsvollstreckungsverfahren vor dem Grundbuchamte abspielt, sondern eine Folge davon, daß mit der Eintragung der Zwangshypothek eine Maßregel der Zwangsvollstreckung vollzogen wird, bei der ein Tätigwerden des Schuldners, insbesondere eine Erklärungsabgabe von seiner Seite nicht erforderlich ist. In dieser Richtung unterscheidet sich aber auch die Zwangshypothek gar nicht von den übrigen Vollstreckungsmaßregeln und es ist nicht einzusehen, warum aus jenem Umstand gerade für die Zwangshypothek eine Besonderheit abgeleitet werden sollte.

Wenn Fischer-Schäfer an der oben zitierten Stelle weiter ausführt, es habe der Schuldner kein Recht, in das Eintragungsverfahren einzugreifen, „sobald für die Eintragung die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben seien", so widerspricht er mit dieser letzten Einschränkung selbst seinen vorhergehenden Ausführungen, in denen er dem Schuldner, auch wenn die Voraussetzungen der §§ 775, 776 Z. P. O. gegeben sind, jeden Eingriff in das Eintragungsverfahren verwehren will. Denn gesetzliche Voraussetzung für die Vollziehung der Zwangseintragung ist nicht nur, daß ein geeigneter Vollstreckungstitel vorliegt, sondern auch, daß dieser Vollstreckungstitel im Augenblick der Eintragung noch zur Zwangsvollstreckung tauglich oder deutlicher gesagt, die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus ihm nicht angeordnet ist.

Daß nun aber bei Eintragung der Zwangshypothek die Anwendung der §§ 775 und 776 Z. P. O. nicht bis zur äußersten Konsequenz getrieben werden darf, ist selbstverständlich. Es müssen eben hier die veränderten Verhältnisse berücksichtigt werden,

[1]) Bem. 2 i zu §§ 867, 868 Z. P. O.

die insoferne bestehen, als das Verfahren, wodurch hier die Vollstreckungsmaßregel vollzogen wird, ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist und das Grundbuchamt durch den Vollzug der Vollstreckungsmaßregel nicht zum Vollstreckungsgericht wird. Es kann deswegen auch niemals vorkommen, daß das Grundbuchamt etwa einen Beschluß dahin faßt, daß die Zwangsvollstreckung in das Grundstück eingestellt werde, sondern es muß das Grundbuchamt mit den ihm von der G. B. O. an die Hand gegebenen Mitteln den Zustand herzustellen suchen, der der Einstellung der Zwangsvollstreckung entspricht.

§ 2.

Die gerichtliche Anordnung, daß die Zwangsvollstreckung einzustellen sei, kann erlassen werden, auch wenn ein Vollstreckungsverfahren noch gar nicht in Angriff genommen ist. Sie ergeht eben dann für den Fall, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungstitel versucht und ermöglicht dem Schuldner in diesem Falle um so schneller die Einstellung der Zwangsvollstreckung zu bewirken[1]).

Von einer Einstellung der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne, d. h. von einer Unterbrechung des Vollstreckungsverfahrens kann aber nur dann die Rede sein, wenn das Vollstreckungsverfahren bereits seinen Anfang genommen hat. Der Zeitpunkt, in den der Beginn der Zwangsvollstreckung bei Eintragung der Zwangshypothek fällt, muß hier festgestellt werden.

Die Zwangsvollstreckung in Mobilien beginnt in dem Augenblick, in welchem der Gerichtsvollzieher die erste gegen den Schuldner gerichtete Vollstreckungshandlung vornimmt, also schon dann, wenn er mit der Durchsuchung der Wohnung des Schuldners nach pfändbaren Gegenständen gemäß § 758 Z. P. O. anfängt[2]).

[1]) cf. Seuffert Bem. 2 Abs. 2 zu § 707 Z. P. O.

[2]) So auch Gaupp-Stein Bem. VII b 1 vor § 704 Z. P. O.

Unrichtig wäre es, den Beginn der Mobiliarzwangsvollstreckung mit der Pfändung, also mit der Ergreifung des Besitzes der zu pfändenden Sachen durch den Gerichtsvollzieher zusammenfallen zu lassen[1]). Denn auch wenn der Gerichtsvollzieher pfändbare Sachen gar nicht vorgefunden hat, es zur Pfändung somit gar nicht gekommen ist, hat eine allerdings erfolglos verlaufene Zwangsvollstreckung stattgefunden.

Bei der Zwangshypothek wird in der Literatur der Beginn der Zwangsvollstreckung teils in den Zeitpunkt verlegt, in welchem der Grundbuchbeamte die Eintragungsanordnung erläßt[2]), teils in den Zeitpunkt, in welchem die Eintragung vollzogen wird, da der internen Anweisung des Richters an den Gerichtsschreiber keine Bedeutung nach außen hin zukomme[3]). Beide Ansichten sind indes unrichtig. Wenn man die Mobiliarzwangsvollstreckung in dem Augenblick beginnen läßt, in welchem der Gerichtsvollzieher die Wohnung des Schuldners nach pfändbaren Gegenständen zu durchsuchen anfängt, so ist nicht einzusehen, warum man die Tätigkeit des Grundbuchbeamten, durch welche er prüft, ob der Schuldner als Eigentümer der im Eintragungsantrag bezeichneten Grundstücke im Grundbuche eingetragen ist, nicht als zur Zwangsvollstreckung gehörig bezeichnen will. Im Gegenteil! Gerade bei der Zwangshypothek muß der Beginn der Zwangsvollstreckung weiter nach vorne verlegt werden, wie bei den übrigen Zwangsvollstreckungsmaßregeln. Denn das Zwangsvollstreckungsverfahren wird hier mit dem Einlauf des Antrages auf Eintragung beim Grundbuchamte in Lauf gesetzt, es dürfen von diesem Zeitpunkte an bis zur Erledigung des trages andere Eintragungen in das Grundbuch, die dasselbe Recht betreffen, nicht vorgenommen werden[4]), und es bestimmt sich somit auch der Rang der einzutragenden Zwangshypothek

[1]) So Seuffert Bem. 1 zu § 750 Z. P. O.

[2]) So Gaupp-Stein Bem. VII b vor § 704 Z. P. O. u. Seuffert Bem. 1 zu § 750 Z. P. O.

[3]) So Fischer-Schäfer S. 111 unter c.

[4]) § 17 G. B. O.

nach diesem Zeitpunkte. In ihn fällt somit der Beginn des Zwangsvollstreckungsverfahrens und von diesem Zeitpunkte ab ist eine Einstellung der Zwangsvollstreckung möglich.

§ 3.

Nach den vorhergehenden Ausführungen dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß die Zwangshypothek auch im Stadium des Eintragungsverfahrens von einer eventuell ergehenden gerichtlichen Anordnung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung beeinflußt wird, wenn der Schuldner unter Vorlegung einer Ausfertigung der betreffenden Entscheidung sich der Eintragung der Zwangshypothek widersetzt. Denn es fehlt von da ab — sei es nun dauernd oder vorübergehend — an einem für die Zwangsvollstreckung tauglichen Vollstreckungstitel, also einer Voraussetzung für die Fortführung der Zwangsvollstreckung[1]).

Zu untersuchen bleibt aber die Frage, in welcher Weise sich dieser Einfluß auf das Eintragungsverfahren geltend macht.

Schon oben wurde angedeutet, daß bei dem vor dem Grundbuchamte sich abspielenden Eintragungsverfahren eine Einstellung im strengsten Sinne des Wortes nicht möglich ist. Es muß vielmehr das Grundbuchamt in diesen Fällen mit den ihm von der G. B. O. zur Verfügung gestellten Mitteln für das Eintragungsverfahren den Zustand herzustellen suchen, der der Einstellung der Zwangsvollstreckung entspricht. Dieser Zustand äußert sich, wie schon gesagt, bei der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung darin, daß das Verfahren in dem Punkte zum Stillstande kommt, in dem es sich im Augenblick

[1]) Ebenso Achilles-Strecker S. 109 Abs. 10 und Güthe Bem. 108 zu § 18 G. B. O.; cf. auch bezüglich der Unzulässigkeit der Eintragung der Pfändung einer Buchhypothek, wenn die Einstellung der Zwangsvollstreckung angeordnet ist und der Schuldner die Ausfertigung dieser Entscheidung dem Grundbuchamte vorlegt. Beschl. d. Bay. O. L. G. v. 21. I. 1910 in Seufferts Archiv Bd. 23 Nr. 227 und bezüglich der Unzulässigkeit der Eintragung der Zwangshypothek in diesem Falle Gaupp-Stein Bem. II zu § 867 a. E.

der Einstellung befindet, daß während der Dauer dieses Stillstandes weder die Stellung des Schuldners noch die des Gläubigers in irgend einem Punkte verschlechtert werden darf und daß bei späterer Fortsetzung der Zwangsvollstreckung das Verfahren von dem Punkte aus fortgesetzt wird, in welchem es zum Stillstande gekommen ist. Bei der definitiven Einstellung der Zwangvollstreckung dagegen gerät das Verfahren nicht nur in Stillstand, sondern es wird auch rückgängig gemacht, soweit es bis dahin zur Durchführung gelangt ist.

Oberstes Prinzip des Verfahrens vor dem Grundbuchamte ist nun, daß alle auf das nämliche Recht bezüglichen Eintragungsanträge in der Reihenfolge erledigt werden müssen, in welcher sie beim Grundbuchamte einlaufen[1]). Aus diesem Prinzip der sog. Grundbuchsperre folgt, daß es nicht angängig ist, daß der Grundbuchbeamte Anträge, deren Erledigung sich irgend ein Hindernis in den Weg stellt, bis zum eventuellen, vielleicht in Aussicht stehenden Wegfall des Hindernisses unerledigt liegen läßt. Der Weg also, den bei einstweiliger Einstellung der Zwangsvollstreckung beispielsweise der Gerichtsvollzieher einschlägt, indem er sich in Bezug auf das Vollstreckungsverfahren jeder weiteren Tätigkeit enthält, ist für den Grundbuchbeamten nicht gangbar. Er muß den Eintragungsantrag erledigen und hiezu gibt ihm § 18 G. B. O. zwei Möglichkeiten. Der Grundbuchbeamte muß entweder den Antrag sofort zurückweisen, oder er muß dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Beseitigung des Eintragungshindernisses setzen und den Antrag zurückweisen, wenn diese Frist fruchtlos verstrichen ist.

Faßt man die erste dieser beiden Möglichkeiten ins Auge und prüft man, ob sie in ihren Wirkungen denen der Einstellung der Zwangsvollstreckung entspricht, so wird man bezüglich der beiden in Frage stehenden Arten der Einstellung der Zwangsvollstreckung zu einem verschiedenen Resultat kommen. Ist die Zwangsvollstreckung definitiv einzustellen, so entspricht die

[1]) § 17 G. B. O.

sofortige Zurückweisung des Eintragungsantrages ganz den gegebenen Verhältnissen. Denn es steht in jenem Augenblicke fest, daß das durch die Stellung des Eintragungsantrages in Lauf gesetzte Vollstreckungsverfahren unbegründet ist; selbst wenn später der die Einstellung herbeiführende Umstand wegfallen sollte, kann das frühere Vollstreckungsverfahren nicht fortgesetzt werden, sondern es muß ein ganz neues beginnen. Es erscheint daher in diesem Falle eine sofortige Zurückweisung des Eintragungsantrages als durchaus gerechtfertigt und insoweit muß den diesbezüglichen Ausführungen bei Güthe[1]) und Achilles-Strecker[2]) zugestimmt werden.

Anders liegen dagegen die Verhältnisse bei der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung. Hier muß dem Gläubiger die Möglichkeit der späteren Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens verbleiben: durch Zurückweisung des Eintragungsantrages würde sie ihm genommen. Es darf hier die Position des Gläubigers, insoweit die Zwangsvollstreckung bereits durchgeführt ist, nicht verschlechtert werden; durch Zurückweisung des Antrages aber ginge der Zwangshypothek der ihr durch die Stellung des Antrages gesicherte Rang verloren. Da somit bei der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung die Erledigung des Eintragungsantrages durch sofortige Zurückweisung als in keiner Weise den Verhältnissen entsprechend erscheint, so wird man zur Prüfung der Frage hingedrängt, ob nicht die andere von der G. B. O. gebotene Möglichkeit der Erledigung des Eintragungsantrages in ihren Wirkungen denen der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung entspricht. Und hier zeigt sich in der Tat schon auf den ersten Blick, daß die Bedenken, welche gegen die sofortige Zurückweisung des Antrages bestehen, sich nicht geltend machen. Hier kann im Falle nachträglicher Beseitigung des Eintragungshindernisses das Verfahren in dem Punkte fortgesetzt werden, in dem es zum Stillstand gekommen ist, hier bleibt im Falle späterer

[1]) Bem. 108 und 109 zu § 19 G. B. O.

[2]) Seite 109 Abs. 10.

Fortsetzung des Verfahrens der Hypothek der durch die Stellung des Eintragungsantrages gesicherte Rang gewahrt. Bedenken, die hier insoferne erhoben werden könnten, daß die Erwirkung der Aufhebung des Einstellungsbeschlusses innerhalb einer bestimmten Frist oft gar nicht in der Macht des Gläubigers liege, sind nur nebensächlicher Natur; ihnen kann der Grundbuchbeamte dadurch abhelfen, daß er von vorneherein eine entsprechend lange Frist bestimmt und gegebenen Falles die Frist, soweit nötig, nachträglich verlängert.

Somit erscheint im Falle der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung während des Laufes des Eintragungsverfahrens der Erlaß einer Zwischenverfügung, wodurch eine angemessene Frist zur Beseitigung des Eintragungshindernisses gesetzt wird, als einzige, den Verhältnissen entsprechende Art der Erledigung des Eintragungsantrages.

Die Möglichkeit des Erlasses einer solchen Zwischenverfügung bei der Zwangseintragung wird nun in der Literatur, wenn auch nicht speziell für den Fall der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung, so doch ganz im allgemeinen, lebhaft bestritten. Es geschieht dies von zwei Gesichtspunkten aus:

1. Von einer Reihe von Schriftstellern[1]) wird vorgebracht, es sei bei der Zwangshypothek im Laufe des Eintragungsverfahrens der Erlaß einer Zwischenverfügung deshalb ausgeschlossen, weil die Zwangsvollstreckung erst dann beginnen dürfe, wenn alle Voraussetzungen für diese gegeben seien; in den Fällen, in denen eine solche Zwischenverfügung in Betracht komme, fehle es bei der Zwangshypothek immer an einer solchen Voraussetzung für den Beginn der Zwangsvollstreckung und es wäre unrichtig, wenn im Falle der nachträglichen Erfüllung dieser Voraussetzung sich der Rang der Zwangshypothek nach einem Zeitpunkte bestimmen würde, in dem die Zwangsvollstreckung unzulässig gewesen sei.

[1]) Willenbücher Bem. II 6 zu § 18 G. B. O.; Fuchs Bd. II S 208, Anm. 19; Predari S. 288; Thurnau-Förster Bd. I S. 782; Güthe S. 312 Nr. 14, 2. Abs.

Dieser seinem Grundgedanken nach nicht zu bestreitende Einwand ist in dieser allgemeinen Fassung unrichtig. Denn er übersieht einmal, daß zum Erlaß einer Zwischenverfügung doch auch Umstände führen können, die rein grundbuchrechtlicher Natur sind und nicht im entferntesten eine Voraussetzung für den Beginn der Zwangsvollstreckung bilden[1]). Es wird von ihm aber ferner auch gerade der spezielle Fall der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht beachtet. Solange diese besteht, fehlt es allerdings an einer Voraussetzung der Zwangsvollstreckung. Wenn aber nachträglich der die Einstellung herbeiführende Umstand wegfällt, dann zeigt sich, daß das Vollstreckungsbegehen des Gläubigers auch während der Dauer der Einstellung begründet war und es entspricht dann, wie schon gezeigt, ganz den gesetzlichen Vorschriften, daß der nunmehr zur Eintragung gelangenden Zwangshypothek der Rang eingeräumt wird, der ihr durch Stellung des Eintragungsantrages gesichert ist.

2. Der zweite Einwand, der gegen die Möglichkeit des Erlasses einer Zwischenverfügung bei der Zwangseintragung erhoben wird, ist folgender:

Der Erlaß einer Zwischenverfügung sei stets davon bedingt, daß gegebenen Falles zu Gunsten des betr. Eintragungsantrages auch eine Vormerkung gemäß § 18 Abs. 2 G. B. O. eingetragen werden könne; letzteres sei aber bei der Zwangshypothek nicht zulässig. Die Vormerkung des § 18 Abs. 2 G. B. O. sei nur ein Anwendungsfall des § 883 B. G. B.; sie könne ebenso wie die Vormerkung des § 883 B. G. B. nur zur Sicherung obligatorischer Ansprüche auf Eintragung dienen, an einem solchen aber mangle es bei der Zwangshypothek[2]). Es geht aber auch diese Ansicht fehl und zwar insoferne, als sie den § 18/2 G. B. O. als Anwendungsfall des § 883 G. B. B. bezeichnet. Denn die Vormerkung des § 18 Abs. 2 G. O. B.

[1]) Richtig in dieser Richtung allerdings Predari und Güthe a. a. O.

[2]) So Predari S. 288 und insbesondere Henle-Schmitt Bem. 9 a. E. zu § 18 G. B. O.

ist ihrem Wesen nach eine ganz andere wie die des § 883 B. G. B. Beide Vormerkungen dienen zwar zur Sicherung von Ansprüchen auf Eintragung gegen die Folgen des öffentlichen Glaubens des Grundbuches; es schützt aber letztere nur persönliche Ansprüche auf Eintragung, während erstere zur Sicherung des aus dem dinglichen Rechtsakt sich ergebenden publizistischen Rechtes des Antragstellers auf Eintragung dient[1]), und dieser Schutz wird jedem Rechte auf Eintragung gewährt, ohne Rücksicht darauf, ob es obligatorischer Natur ist oder nicht. Im übrigen mag hier auf die durchwegs zutreffenden Ausführungen in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Jahrgang 1910 S. 706 ff., verwiesen werden.

Somit steht auch von diesem Gesichtspunkte aus dem Erlasse einer Zwischenverfügung im Laufe des Zwangseintragungsverfahrens ein Hindernis nicht im Wege und es folgt hieraus ein Zusammenhalt mit den obigen Ausführungen, daß im Falle der Anordnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung im Laufe des Eintragungsverfahrens der Erlaß einer Zwischenverfügung nicht nur ein möglicher, sondern der einzig mögliche Weg ist, den der Grundbuchbeamte einschlagen kann.

Es mag hiebei nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen werden, daß die soeben gemachten Ausführungen nur gelten für die Fälle, in denen eine gerichtliche Anordnung auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ergangen ist; für die Fälle der §§ 775 Abs. 4 und 5 Z. P. O. treffen sie nicht zu. Hier ist ja die Entscheidung, ob die Zwangsvollstreckung fortgesetzt werden soll, in das freie Ermessen des Gläubigers gelegt[2]). Hier ist also kein Hindernis vorhanden, das der Gläubiger zu beseitigen hätte. In diesen Fällen wird der Grundbuchbeamte die Einwendung des Schuldners entweder überhaupt unberücksichtigt lassen, oder er wird durch eine formlose Erinnerung, deren Zulässigkeit allgemein anerkannt ist[3]), dem Gläubiger

[1]) So R. G. Bd. 55 S. 343. [2]) cf. oben S. 31.
[3]) cf. auch bayr. Dienstanweisung vom 27. Febr. 1905 § 72.

Gelegenheit geben, sich auf das Vorbringen des Schuldners zu äußern und event. den Eintragungsantrag zurückzunehmen. Und es ergibt sich aus dem nobile officium für den Grundbuchbeamten die Verpflichtung, diesen letzteren Weg überall da zu wählen, wo sich ihm nicht besondere Hindernisse entgegenstellen.

IV. Abschnitt.

Wirkungen einer unter Verletzung der Vorschriften über die Einstellung der Zwangsvollstreckung eingetragenen Zwangshypothek.

Bei der Hypothek des B. G. B. besteht in der Literatur Streit darüber, ob der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer auch dann eintritt, wenn die formell in nicht zu beanstandender Weise eingetragene Hypothek infolge eines der Einigung anhaftenden Mangels nichtig ist.

Von einer Reihe von Schriftstellern[1]) wird die Anwendbarkeit des § 1163 B. G. B. auf diesen Fall behauptet. Zur Begründung ihrer Ansicht weisen diese vor allem auf den wirtschaftlichen Zweck des Instituts der Eigentümerhypothek hin, der darin bestehe, die ungerechtfertigte Schädigung des Grundstückseigentümers durch Aufrücken der nachfolgenden Hypotheken hintan zu halten und dieser Gesichtspunkt treffe für den Fall der Nichtigkeit der Einigung bei formell nicht zu beanstandender Eintragung ebensogut zu, wie auf den Fall des nachträglichen Erlöschens der Forderung.

Wenn nun auch diesen Ausführungen eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden kann, so ist doch der herrschenden Meinung[2]) zuzustimmen, die dahin geht, daß Voraus-

[1]) Fuchs S. 521 u. insbes. Seuffert Bl. f. R. A. 1906, 71. Jahrg., S. 251 ff. Bruck S. 166 ff. Willenbücher Bem. II b zu § 1163 B. G. B.

[2]) Staudinger Bem. II 1 a β zu § 1163 B. G. B.; Turnau-Förster I Bem. II 1 Abs. 2 zu § 1163 B. G. B. Hachenburg Vortr. S. 530. Planck Bem. 2 zu § 1163 B. G. B. Predari S. 119.

setzung für das Entstehen einer Eigentümerhypothek das Bestehen einer wirksamen Hypothek sei. Denn nur diese Ansicht entspricht dem Wortlaut des § 1163 B. G. B. und dem Willen des Gesetzgebers, der den Antrag, „es solle auch dann die Hypothek vom Eigentümer erworben werden, wenn die Hypothek unwirksam sei, es sei denn, daß sich die Unwirksamkeit aus dem Grundbuche ergebe" ausdrücklich ablehnte mit der Motivierung, daß dieser Antrag das Prinzip der Eigentümerhypothek überspanne [1]).

Bei der Zwangshypothek dient als Ersatz der zum Entstehen der Hypothek des B. G. B. erforderlichen Einigung der Vollstreckungstitel und geradeso, wie dort Nichtigkeit der Einigung Unwirksamkeit der Hypothek, hat hier Untauglichkeit des Vollstreckungstitels zur Zwangsvollstreckung — mag diese nur immer auf welchem Grunde sie will beruhen — Nichtigkeit der Zwangshypothek zur Folge. Nichtig ist ferner die Zwangshypothek auch dann, wenn zur Zeit ihrer Eintragung irgend welche Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung gefehlt haben [2]).

Die Frage, ob in diesen Fällen der Nichtigkeit die Zwangshypothek vom Eigentümer erworben werden kann, wird in der Literatur verschieden beantwortet.

a) Auf der einen Seite [3]) wird die Ansicht vertreten, daß die formell richtig eingetragene Zwangshypothek in allen Fällen ihrer Nichtigkeit vom Eigentümer erworben werde, so insbesondere auch dann, wenn die Eintragung unter Verletzung der Vorschriften über den Beginn der Zwangsvollstreckung unzulässiger Weise erfolgt sei. Es gehe dies daraus hervor, daß

[1]) cf. Protokolle der 2. Lesung Bd. III S. 603 und 604.

[2]) cf. über die Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckungsmaßregeln, die trotz Fehlens von Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung vorgenommen werden. Gaupp-Stein Bem. IV 4 vor § 704 Z. P. O.

[3]) Seufferts Bl. f. R. A. 1906, 71. Jahrgang S. 251 ff. und Hachenburg Vortr. S. 639 ff.

in diesen Fällen ja der Schuldner mit Hilfe des § 766 Z. P. O.[1]) eine Entscheidung herbeiführen könne, wodurch die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt werde, und für diesen Fall bestimme § 868 Z. P. O. ausdrücklich, daß der Eigentümer die Hypothek erwerbe.

b) Die andere Meinung[2]) hält das Entstehen einer Eigentümerhypothek aus einer trotz des Mangels von Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung eingetragenen Zwangshypothek im allgemeinen nicht für möglich. Denn die Hypothek sei nichtig; die Möglichkeit eines nachträglichen Konvaleszierens der Hypothek — aber auch hier nur im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner — wird für den Fall zugelassen, daß eine von der Z. P. O. als Voraussetzung für den Beginn der Zwangsvollstreckung verlangte Zustellung bei der Eintragung noch nicht erfolgt war, aber nachgeholt wird[3]). Für den Fall aber, daß die Eintragung der Zwangshypothek unter Verletzung der Vorschriften über die Einstellung der Zwangsvollstreckung erfolgt ist, wird auch hier das Entstehen einer Eigentümerhypothek angenommen; man glaubt das aus § 868 Z. P. O. folgern zu müssen.

Beide Ansichten verkennen die Bedeutung des § 868 Z. P. O. Bei der Erörterung der Entstehungsgeschichte des § 868 Z. P. O. wurde nachgewiesen, daß der Gesetzgeber das Institut der Eigentümerhypothek des B. G. B. auf die in § 868 Z. P. O. aufgezählten Fälle übertragen wollte, ohne dabei jedoch irgend welche Änderungen an ihr selbst vorzunehmen. Der Gesetzgeber gab dies auch nach außenhin zu erkennen, indem er die Worte des § 1163 B. G. B.: „so erwirbt der Eigentümer die Hypo-

[1]) Die früher — Kap. I — festgestellte Unanwendbarkeit des § 766 Z. P. O. auf das Eintragungsverfahren wird in Seuffert Bl. f. R. A. a. a. O. verkannt.

[2]) Gaupp-Stein Bem. II zu § 867 Z. P. O.; Güthe Bem. 109 zu § 19 G. B. O.

[3]) Thurnau-Förster Bd. I S. 782 und Reichsgericht in Seuff. Archiv Bd. 45 S. 373 ff.

thek" unverändert in den § 868 Z. P. O. übernahm. Wenn nun § 1163 B. G. B. nach dem Willen des Gesetzgebers so aufzufassen ist, daß der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer nur da möglich ist, wo eine wirksame Hypothek besteht, welche Gründe berechtigen dann dazu, bei § 868 Z. P. O. von diesem Erfordernis abzusehen und zu sagen, die Hypothek gehe hier auf den Eigentümer über, einerlei, aus welchem Grunde die Vollstreckungsmaßregel aufgehoben werde?[1]) Es muß vielmehr ebensogut wie bei der Hypothek des B. G. B. auch hier unterschieden werden zwischen den Fällen, in welchen eine wirksame Zwangshypothek zustande gekommen ist und die Aufhebung der Vollstreckungsmaßregel aus einem Grunde erfolgt, der die Eintragung selbst nicht unwirksam machte, und den Fällen, in welchen schon zur Zeit der Eintragung ein Umstand vorlag, der die Eintragung überhaupt nicht wirksam werden ließ. In den erstgenannten Fällen erwirbt unter den Voraussetzungen des § 868 Z. P. O. der Grundstückseigentümer die Hypothek, in den letztgenannten kann er sie nicht erwerben, weil keine solche zur Entstehung gelangt ist.

Bei Anwendung des Ergebnisses dieser Ausführungen auf die hier zu beantwortenden Fragen kommt man somit zu folgendem Schlusse: Die unter Verletzung der Vorschriften über die Einstellung der Zwangsvollstreckung vorgenommene Eintragung einer Zwangshypothek ist absolut nichtig. Sie kann niemals als Grundlage für eine Eigentümerhypothek dienen. Es ist vielmehr in den Fällen des § 868 Z. P. O. ebenso wie in denen des § 1163 B. G. B. Voraussetzung für den Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer stets, daß von Anfang an eine wirksame Hypothek bestanden hat.

---

[1]) So Hachenburg Vortrag S. 641.